



UNIVERSIDADE DA CORUÑA
FACULTAD DE DERECHO

LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

NATALIA ÁLVAREZ LATA

Julio 1997

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Tesis Doctoral presentada por Doña
Natalia Álvarez Lata y dirigida por Prof.
Dr. D. José María Pena López, para
acceder al grado de Doctora en Derecho

FACULTAD DE DERECHO

A CORUÑA

1997

Al Profesor José María Pena

ÍNDICE

ABREVIATURAS	IX
---------------------	-----------

INTRODUCCIÓN	XI
---------------------	-----------

Parte I **CONCEPTO Y ÁMBITO** **DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS** **DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

Capítulo I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	3
---	----------

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL: SU CARACTERIZACIÓN COMO ACTO DE EXCLUSIÓN DE LA LEY APLICABLE	3
---	---

2. ASPECTO FUNCIONAL DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD. TIPOLOGÍA	22
2.1. Cláusulas directamente restrictivas de la responsabilidad	25
2.2. Cláusulas indirectamente restrictivas de la responsabilidad	30

3. FIJACIÓN DEL CONCEPTO FRENTE A TRES FIGURAS QUE EN LA PRÁCTICA PUEDEN DESEMPEÑAR ANÁLOGA FUNCIÓN	46
3.1. La cláusula delimitadora del contenido del contrato	47
3.2. La cláusula penal	50
3.3. El seguro de responsabilidad civil	55

Capítulo II. ÁMBITO DE OPERATIVIDAD. LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS EN LOS DOS SECTORES DE LA RESPONSABILIDAD	59
--	-----------

1. INTRODUCCIÓN	59
2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	63
2.1. Acerca de la responsabilidad contractual	63
2.2. Relevancia de los pactos limitativos en el ámbito de la responsabilidad contractual	70
2.3. Breve recorrido por el estado de la cuestión en Derecho comparado	76

2.4. Defensa de la validez de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en nuestro sistema	83
a) La regla general de validez de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual	83
b) La posición de la jurisprudencia	89
c) Discrepancias sobre nuestra postura.	
Crítica y conclusiones finales	91
2.5. Los pactos acerca de la responsabilidad del deudor por los hechos de sus auxiliares	94
3. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL	97
3.1. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual	97
3.2. Admisibilidad conceptual de las cláusulas en materia extracontractual	99
3.3. El problema de su admisibilidad jurídica.	
Principales soluciones en el Derecho comparado	102
a) La tesis de la jurisprudencia francesa: el carácter de orden público de la responsabilidad aquiliana	103
b) La proposición de la doctrina italiana: la aplicación analógica del art.1229 C.civ. en materia extracontractual	106
c) La situación en el Derecho anglosajón	108
3.4. El estado de la cuestión en España	110
3.5. Nuestra posición: inviabilidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad extracontractual	116
4. RECAPITULACIÓN. CONCEPTO Y ÁMBITO DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD	125

Parte II **LÍMITES A LAS CLÁUSULAS** **RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

Capítulo I. PRELIMINAR	129
1. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y SUS LÍMITES	130
1.1. Los límites propios a la autonomía privada: el artículo 1255 del Código civil	131
1.2. Otros límites al ejercicio de la autonomía privada. Los límites genéricos al ejercicio de los poderes jurídicos: la buena fe y el abuso del derecho	140
2. EL ARTÍCULO 6.2 DEL CÓDIGO CIVIL. LOS LÍMITES AL ACTO DE EXCLUSIÓN DE LA LEY APLICABLE	141
3. CONSIDERACIONES FINALES	143

Capítulo II. ANÁLISIS DE LOS LÍMITES COMUNES	145
1. LA CONSTITUCIÓN. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA	145
1.1. En especial, los derechos fundamentales como límites de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad	152
2. EL ARTÍCULO 1102 DEL CÓDIGO CIVIL: EL DOLO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA PRIVADA	154
2.1. El concepto de dolo en el cumplimiento de las obligaciones	154
2.2. Contenido de la norma: el dolo como límite de las cláusulas restrictivas de responsabilidad	161
2.3. Fundamento de la norma	164
2.4. Alcance de la regla ex artículo 1102 a dos supuestos controvertidos	169
a) Acerca de la equiparación de la culpa grave al dolo	169
b) Su aplicación al ámbito de la responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares	179
3. LA MORAL	186
4. EL ORDEN PÚBLICO	195
4.1. El concepto de orden público	198
4.2. Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contrarias al orden público	203
5. AUSENCIA DE PERJUICIOS A TERCEROS	206
6. LA BUENA FE COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA PRIVADA	210
6.1. Un acercamiento a la buena fe	213
6.2. La buena fe como límite a la autonomía privada y las cláusulas contractuales contrarias a la buena fe	217
7. LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA PRIVADA	222
7.1. Requisitos para la aplicación de la doctrina del abuso del derecho	228
Capítulo III. EXAMEN DE LOS LÍMITES LEGALES ESPECIALES	233
<u>I. EN MATERIA DE CONSUMO</u>	233
1. LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE 1984	235
1.1. El artículo 10.1 c) 6º LCU	240
a) Ámbito material y ámbito de aplicación del art.10.1c)6º	240
b) Alcance de la norma: nulidad de las limitaciones absolutas de responsabilidad y de las relativas a la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio	252

c) El artículo 10.1.c) 6º frente al art.2.3 de la LCU: posible integración	262
d) El sistema de la L.C.U. a la luz de la Directiva de 5 abril de 1993 sobre cláusulas abusivas	265
e) Nuevas tendencias legislativas en la materia: el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de diciembre de 1996	272
1.2. El artículo 11 LCU	276
a) Análisis de la norma: una aplicación concreta de la responsabilidad por vicios ocultos del vendedor	278
b) La inderogabilidad de la norma: prohibición de los pactos que supriman o limiten la garantía del artículo 11	286
 2. LA LEY 22/94 DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS: EL ARTÍCULO 14	290
2.1. Aspectos generales sobre la responsabilidad del fabricante en la Ley 22/94	292
2.2. Análisis del artículo 14: prohibición de las cláusulas exoneratorias y limitativas de responsabilidad	307
 3. LA LEY DE VIAJES COMBINADOS DE 6 DE JULIO DE 1995: EL ARTÍCULO 11.4	312
3.1. Ámbito de aplicación de la norma: el contrato de viaje combinado	314
3.2. La responsabilidad de los organizadores y detallistas	317
3.3. La nulidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad	322
 4. LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO DE 8 DE OCTUBRE DE 1980: EL ARTÍCULO 3	326
4.1. Ámbito de aplicación de la norma	328
4.2. Contenido de la norma: requisitos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en los contratos de seguro	330
 <u>II. EN MATERIA DE TRANSPORTES</u>	338
 1. LA LEY DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE 1949: EL ARTÍCULO 10	341
 2. EL CONVENIO DE GINEBRA DE 1956 RELATIVO AL CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA (CMR): EL ARTÍCULO 41	347
 3. EL CONVENIO DE VARSOVIA DE 1929 SOBRE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: EL ARTÍCULO 23	350
 4. EL CONVENIO DE ATENAS DE 1974 SOBRE EL TRANSPORTE DE PASAJEROS Y SUS EQUIPAJES POR MAR: EL ARTÍCULO 18	352

III. EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO	354
1. LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1994: EL ARTÍCULO 6	355
1.1. Ámbito de aplicación de la norma	355
1.2. Alcance de la norma con relación a las convenciones de irresponsabilidad	357
2. LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS DE 1980: EL ARTÍCULO 9	359
2.1. Ámbito de aplicación de la norma	360
2.2. Alcance de la norma en lo que respecta a responsabilidad del arrendador	361
3. EL ARTÍCULO 1591 DEL CÓDIGO CIVIL	363
3.1. La exclusión o limitación convencional de la responsabilidad decenal	371
3.2. Breve referencia a los artículos 1594 y 1600 del Proyecto de 1994 de reforma de los contratos de servicio y obra	374
IV. OTROS LÍMITES	377
1. LA LEY DE AUDITORÍA DE CUENTAS DE 1988: EL ARTÍCULO 12	377
1.1. La responsabilidad de los auditores de cuentas	378
1.2. Argumentos <i>pro</i> nulidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad de los auditores de cuentas	381
1.3. La validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad del auditor de cuentas	383
2. LA LEY GENERAL DE PUBLICIDAD DE 1988: EL ARTÍCULO 13	386
2.1. Ámbito de aplicación de la norma: los contratos publicitarios	388
2.2. Análisis del artículo 13 LGP	390
3. EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: EL ARTÍCULO 3.5	393

Parte III **LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS** **RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

Capítulo único. LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD	401
1. LA OPORTUNIDAD DEL ESTUDIO DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD	401
2. INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL Y CALIFICACIÓN JURÍDICA	403

3. LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS INSERTAS EN CONTRATOS NEGOCIADOS	410
3.1. El fin de la interpretación contractual: la averiguación de la voluntad de las partes	410
3.2. Los medios de interpretación subjetiva	413
a) La interpretación literal: el artículo 1281 C.c.	413
b) El comportamiento de las partes (art.1282 C.c.)	416
3.3. Los medios de interpretación objetiva	419
a) El artículo 1284 C.c.	419
b) El elemento sistemático (art.1285 C.c.)	420
c) El elemento finalista o teleológico (art.1286 C.c.)	421
d) El artículo 1287 C.c.	422
e) La regla <i>contra proferentem</i> (art.1288 C.c.)	424
3.4. La frustración de la interpretación: el artículo 1289 C.c.	426
4. LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD EN CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN	428
4.1. La regla <i>contra proferentem</i>	430
4.2. La regla de la prevalencia de la condición particular más beneficiosa	432
4.3. Referencia a las reglas de interpretación en el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de 1996	435
5. LA INTERPRETACIÓN ESTRICTA O RESTRICTIVA COMO PRINCIPIO DE EXÉGESIS CONTRACTUAL	436

Parte IV **EFICACIA E INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

Capítulo I. EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	455
1. INTRODUCCIÓN	455
2. EFICACIA <i>INTER PARTES</i>	456
2.1. Un supuesto especial: las cláusulas restrictivas de responsabilidad ante la concurrencia de responsabilidades	465
3. EFICACIA FRENTE A TERCEROS	473
3.1. Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad y la acción directa	474
3.2. La articulación de la cláusulas restrictiva en la dinámica de la obligación solidaria	478

Capítulo II. INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	485
1. LA NULIDAD PARCIAL COMO SANCIÓN DE LAS CLÁUSULAS QUE INFRINGEN LOS LÍMITES DE VALIDEZ	485
1.1. Fundamento jurídico	486
1.2. Requisitos	494
1.3. La nulidad parcial como sanción general para las cláusulas nulas	499
2. OTRO TIPO DE INEFICACIA PARA LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD: LA ANULABILIDAD PARCIAL	507
3. LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO AFECTADO POR LA INEFICACIA PARCIAL	514
4. UN EVENTUAL DESEQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES. LA NULIDAD TOTAL DERIVADA DE LA NULIDAD PARCIAL. NATURALEZA JURÍDICA	519
CONCLUSIONES	535
BIBLIOGRAFÍA	547

ABREVIATURAS UTILIZADAS

A.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
A.C.	Revista Actualidad Civil
A.D.C.	Anuario de Derecho Civil
A.G.B.-G.	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
A.D.H.	Anuario de Derechos Humanos
Ar. Civ.	Repertorio Aranzadi Civil
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
C.c.	Código civil
C.co.	Código de comercio
C.C.J.C.	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
D.	Digesto
D.J.	Documentación Jurídica
ET	Estatuto de los Trabajadores
Foro it.	Foro italiano
Giust.civ.	Giustizia Civile
LAC	Ley de Auditoría de Cuentas
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LCS	Ley del Contrato de Seguro
LEC	Ley de Enjuiciamiento civil
LGP	Ley General de Publicidad
LL.	Revista Jurídica Española La Ley
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LTM	Ley de Transporte Marítimo
LVC	Ley de Viajes Combinados
P.J.	Revista Poder Judicial
R.A.P.	Revista de Administración Pública
R.C.D.I.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
R.D.M.	Revista de Derecho Mercantil
R.D.N.	Revista de Derecho Notarial
R.D.P.	Revista de Derecho Privado
R.E.S.	Revista Española de Seguros
R.G.D.	Revista General del Derecho
R.G.L.J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
R.J.C.M.	Revista Jurídica de Castilla-La Mancha

Riv.Dir.Civ.	Rivista de Diritto Civile
Riv.Dir.Comm.	Rivista de Diritto Commerciale
Riv.it.leas.	Rivista italiana di leasing
R.J.C.	Revista Jurídica de Cataluña
R.R.C.S.	Revista de Responsabilidad civil y seguro
R.T.D.C.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
Riv.T.D.C.	Rivista Trimestrale de Diritto Civile
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

"Quale libertà esiste senza confini?"
(BRANCA, G., *Istituzioni di Diritto Privato*, 1969)

Con acierto advertía DURAND¹ que cuestiones generales tan esenciales y difíciles de determinar como los límites de la autonomía privada, la noción de orden público, el valor del consentimiento en los contratos de adhesión, la naturaleza de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual y sus relaciones, el fundamento de la noción de responsabilidad por el hecho de otro, el concepto de dolo y el de culpa grave, deben ser resueltas de antemano para poder ofrecer una solución al problema especial de las cláusulas de no-responsabilidad.

Precisamente estas palabras sirven de justificación a la sistemática adoptada en este trabajo de investigación. A lo largo de él se pretende examinar la estructura jurídica de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil y sus elementos, si bien deteniéndonos en aquellas cuestiones que apuntaba el profesor francés, para procurar así una comprensión integral del fenómeno de las limitaciones convencionales de la responsabilidad civil. Y ello porque apenas ninguno de los problemas planteados goza hoy, medio siglo después, de solución pacífica en la ciencia jurídica.

Nuestro estudio ha de partir necesariamente de un punto, que no es otro que el análisis de las dos instituciones básicas que aúnan ya en su propia denominación las cláusulas restrictivas de responsabilidad: la autonomía privada y la responsabilidad civil. De su interacción surge el propósito de esta investigación, la cual aspira a elucidar la relación entre estas dos categorías básicas del Derecho civil, o lo que es lo mismo, determinar cuánto poder jurídico tienen las partes -cuánta autonomía privada- y cómo han de ejercitarlo en el ámbito de la responsabilidad civil. Se trata, en definitiva, de acotar el poder de disposición de las

¹DURAND, P., *Des conventions d'irresponsabilité*, Paris, Ed. Godde, 1932, p.26.

partes (que, siguiendo a FERRI, es la "cantidad de autonomía privada que un sujeto puede ejercitar válidamente en determinadas circunstancias"²) respecto de las consecuencias vinculadas jurídicamente a la producción de daños, ya contractuales ya extracontractuales.

Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad son expresión de la autonomía privada y son, podríamos decir, una de sus expresiones más paradigmáticas. En tanto que actos de exclusión voluntaria de la norma aplicable -de la norma que regula la responsabilidad civil- encarnan toda la fuerza de la autonomía privada, del "poder de producir cambios jurídicos y de producirlos del único modo posible, esto es, con el establecimiento, modificación o derogación de la norma jurídica"³.

No es éste el momento de esbozar una visión sobre la autonomía privada y su evolución. Pero sí es preciso apuntar que las quiebras que ha venido sufriendo este principio desde que se erigiera como caballo de batalla por los redactores del Code francés, han influido, de forma notable, en el juicio actual acerca de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Desde la sentencia de PLANIOL en la que se alude a la libertad privada como una gran regla de Derecho⁴ o la declaración de FOUILLÉ, que afirmaba "*toute justice est contractuelle, qui dit contractuelle dit juste*"⁵, las cosas han cambiado. A medida que el Estado toma conciencia de los problemas sociales y de la necesidad de intervenir en ellos, mediante la promulgación de leyes de contenido imperativo, la esfera de la autonomía privada se hace cada vez menor. Las restricciones de la autonomía contractual derivan no sólo de las diferentes condiciones de los presupuestos en los que se apoyaba la afirmación transcrita - sobre todo en lo que se refiere a la igualdad de partes y a la libertad de éstas para consentir-

²FERRI, L., *La autonomía privada*, trad. por L. Sancho Mendizábal, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1968, p.306.

³FERRI, L., *La autonomía privada*, op.cit., p.44.

⁴Cfr. PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité élémentaire de Droit civil*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1932, p.119.

⁵FOUILLÉ cit. por BOYER, L., "Contrats et conventions", en *Encyclopédie DALLOZ. Civil*, T.III, p.5.

sino, y fundamentalmente, del interés del propio Estado en la restricción de la libertad civil de sus súbditos.

De este modo, la configuración del Estado como "social de Derecho", el nacimiento de nuevos derechos para el individuo en el marco de las nuevas constituciones y, sobre todo, las exigencias de una economía cada vez más intervenida -con el surgimiento paralelo de la categoría de "orden público económico"- reducen el ámbito de la autonomía privada, extendiendo, al mismo tiempo, el de lo prohibido por la ley. Ante esta evidencia, se alzan voces que lejos de reconocer la crisis contractual, concepto éste muy recurrente en la literatura iusprivatística de este siglo⁶, prefieren considerarla una "evolución técnica del contenido del contrato"⁷, fruto de los cambios sociales y tecnológicos de nuestros días.

La libertad contractual declina como concepto, pero como concepto tal y como se acuñó hace casi dos siglos, radical, sin límites. Ahora se impone, se debe imponer, la autonomía de la voluntad sopesada con otro tipo de interés, el público, que necesita igualmente protección. Ahora se impone la autonomía con "limitaciones intrínsecas"⁸, derivadas éstas de múltiples exigencias, que intentan atenuar el individualismo caduco con el que surgió.

Tan escueta panorámica evidencia la evolución de la autonomía privada, la cual ha afectado al propio juicio acerca de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Del apogeo disfrutado a principios de siglo han pasado a ser figuras poco deseables, contra las cuales se combate desde diversos frentes, como veremos al tratar sus límites. La protección al consumidor y, en general, al contratante débil constituye ahora un interés superior e

⁶Son muy significativos, para ilustrar estas palabras, artículos publicados a mediados de siglo en nuestro país cuyo título ya nos da cuenta de la problemática abordada. "Crisis en la dogmática del contrato" de J. OSSORIO MORALES, A.D.C., 1952 y "Crisis positiva y apoteosis filosófica del contrato" de A. QUINTANO RIPOLLÉS, R.D.P., 1950, son dos ejemplos.

⁷SALLE, *L'évolution technique du contrat et leurs conséquences juridiques*, Paris, 1930, p.15. La propia definición de autonomía privada incorpora ya el concepto de límite -

⁸DE CASTRO Y BRAVO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad (La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor)", A.D.C., 1982, p.987 y ss.

imperativo en el sistema jurídico y se convierte, a la par, en el principal "verdugo" de las limitaciones de responsabilidad, justificando el establecimiento de nuevos y abundantes límites a las cláusulas restrictivas.

Siendo el análisis de los límites de nuestro objeto de estudio parte fundamental en este trabajo, no hemos eludido el examen de otros aspectos de notable importancia. Así, la delimitación de su concepto, su interpretación, el análisis de su eficacia y el problema de las sanciones jurídicas frente a las cláusulas infractoras, son objeto de tratamiento independiente.

En suma, la presente tesis doctoral pretende un estudio integral de uno de los tipos de convenciones más comunes en el ámbito de la contratación: las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil, poniendo de manifiesto los eventuales riesgos que éstas pueden ocasionar para los contratantes, consumidores o no, y sugiriendo, al tiempo, propuestas para aliviar tales riesgos. Eso sí, sin perder de vista una atinada afirmación de BENATTI: "los problemas relativos a las cláusulas de irresponsabilidad son de naturaleza ideológica o económico-social y las soluciones que se vienen proponiendo son expresión de determinadas decisiones políticas y no tanto el resultado de una rigurosa deducción de los principios o de las reglas contenidas en el sistema"⁹.

⁹BENATTI, F., *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, Giuffrè Ed., 1971, p.25.

PARTE I

CONCEPTO Y ÁMBITO DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Capítulo I

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL: SU CARACTERIZACIÓN COMO ACTO DE EXCLUSIÓN DE LA LEY APLICABLE

El artículo 6.2 del Código civil prescribe: *"La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros"*. La norma, en sede de eficacia general de las normas, permite a los particulares excluir, dentro de los límites mencionados, la eficacia de la norma aplicable.

Por su parte, el artículo 1255 del Código civil declara: *"Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público"*. Como expresión del principio de autonomía privada, el precepto faculta a las partes de una relación contractual a autorregular sus intereses como mejor estimen, sujetándose a los límites expresados.

Desde los preceptos expuestos podemos, a nuestro juicio, proceder al análisis de las figuras que nos ocuparán a lo largo de estas páginas: las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil. A ellas se refieren algunas disposiciones legales, la doctrina, la jurisprudencia y la praxis contractual para aludir al fenómeno de la modificación convencional de la responsabilidad civil, o, en otras palabras, para hacer referencia a la posibilidad de que las partes implicadas en una relación resarcitoria -contractual o extracontractual- excluyan total o parcialmente las consecuencias que la ley vincula al incumplimiento de la obligación (art.1101 y siguientes del Código civil) o al incumplimiento del deber general de no dañar a otros (art.1902 del Código civil).

No obstante, es preciso realizar una precisión terminológica. Es cierto que las cláusulas a las que nos referimos son generalmente denominadas por la doctrina y jurisprudencia "cláusulas limitativas de responsabilidad", cuando su efecto es el de excluir parcialmente la responsabilidad civil, o "cláusulas exoneratorias", cuando provocan la total exclusión de la misma. Suelen designarse, también, como "cláusulas de irresponsabilidad", "cláusulas modificativas de la responsabilidad", etc. Sin embargo, hemos preferido la denominación de "cláusulas restrictivas" con la intención de aunar las dos categorías antes aludidas, limitativas y exoneratorias, y con el deseo paralelo de evitar confusiones poco aconsejables. Y ello porque, como veremos, la diferencia entre cláusulas limitativas y cláusulas de exoneración no responde a criterios unívocos y ambas expresiones pueden amparar conceptos más o menos amplios según la perspectiva escogida¹. El adjetivo "restrictivas" permitiría, entonces, englobar las dos categorías sin entrar *a priori* en problemas de delimitación conceptual. La elección no tiene mayor ni tampoco menor importancia.

Como ya anticipamos, el artículo 6.2 C.c. faculta a los particulares para que excluyan la eficacia de la ley aplicable, sujetándose a ciertos límites. Por supuesto, el primer límite viene de la mano de la naturaleza de la norma cuya eficacia se pretenda excluir. Sólo las normas dispositivas están al alcance de la autonomía privada. El artículo 6.3 resulta meridiano en este sentido, al declarar nulos de pleno derecho "*los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas*".

De este modo, el art.6.2 C.c. define lo que se denomina el "acto de exclusión de la ley aplicable", que es un acto de ejercicio de la autonomía privada, o sea un negocio jurídico, porque a través de él se está ejercitando ese poder de autorregulación de intereses

¹Las cláusulas limitativas de responsabilidad, al limitar parcialmente los efectos de aquella, son consideradas desde dos puntos de vista: uno cuantitativo, según el cual serían aquellas que limitarían el *quantum* indemnizatorio, y otro, más general, según el cual las cláusulas limitativas serían las que, sin exonerar totalmente al deudor, se dirigirían a limitar los supuestos generadores de la responsabilidad civil.

en que consiste la autonomía privada².

Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil responden a este esquema. Son actos de autonomía privada mediante los cuales las partes excluyen la aplicabilidad del régimen legal de la responsabilidad civil: las normas que regulan el resarcimiento del daño contractual o extracontractual. Modifican, entonces, "los principios que en orden a la obligación de resarcimiento regulan la determinación y medida del daño resarcible"³, principios calificados por DE CUPIS, *a priori*, como dispositivos⁴. No obstante, hemos de advertir que la naturaleza jurídica de las normas que regulan la responsabilidad contractual y extracontractual (cuestión vital, como veremos, para efectuar el juicio acerca de su validez en cada sector de la responsabilidad) será analizada en el segundo capítulo, al estudiar el ámbito de operatividad de las cláusulas restrictivas.

Desde esta perspectiva, las cláusulas objeto de estudio se definen por su carácter excepcional y derogatorio de las reglas de Derecho común de la responsabilidad civil⁵. No obstante, esta exclusión del régimen legal viene generalmente acompañada, en el mismo acto, por la asunción por las partes de otros criterios que modulan tal incumplimiento, criterios que sustituyen a los legales y que configuran un régimen alternativo a las consecuencias de la transgresión. Este régimen puede ser diverso: limitaciones de los supuestos en los que se responde, limitaciones del *quantum respondeatur*, exoneración total, etc.

²Cfr. PENA LÓPEZ, J.M., *Lecciones de Derecho civil. Apuntes de las lecciones*, A Coruña, 1996-1997.

³DE CUPIS, A., *El daño*, trad. esp. de la 2ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1975, p.496.

⁴Cfr. DE CUPIS, A., *El daño*, op.cit., p.496. El contenido de tales principios "no es esencial ni imprescindible, de ahí que puedan ser convencionalmente derogados por los particulares interesados, sin limitarse a sectores concretos, por lo que puede afirmarse que su derogabilidad afecta caracteres de generalidad". El Tribunal Supremo ha declarado la dispositividad de las reglas que determinan la liquidación del daño contractual, en especial la regla del artículo 1103 del Código Civil, en sentencias de 3 de julio y 15 de diciembre de 1915.

⁵Cfr. MUZUAGHI, A-S., *Le déclin des clauses d'exoneration de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1981, p.13.

Por consiguiente, estas cláusulas asumen, además, la naturaleza bifronte del acto de exclusión: "excluyente, por un lado, de la vigencia del precepto que se le oponga y promulgatoria, por otro, del precepto total o parcialmente nuevo"⁶. Porque lo que autoriza la norma, o sea el artículo 6.2 C.c., no es "la pura sustracción del supuesto de hecho de la norma [...] que naturalmente la contempla, sino la posibilidad de autorregulación de sus relaciones desplazando con ésta la predispuesta por el legislador"⁷.

Por otra parte, es preciso enfatizar el carácter anticipatorio de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, con respecto a la producción del daño resarcible. La limitación convencional de la responsabilidad que representan se anticipa al propio nacimiento de la responsabilidad civil y, por tanto, al nacimiento del derecho de resarcimiento para su titular. De esta forma, las cláusulas restrictivas no constituyen renunciaciones en sentido estricto sino, tal y como hemos señalado, actos de exclusión de la eficacia de la ley.

La renuncia, regulada al lado del acto de exclusión en el art.6.2 C.c., es una figura que, sin responder a una significación unívoca, hace referencia a la dejación de un derecho que se tiene o de una situación jurídica en la que se está (renuncia abdicativa)⁸, porque en

⁶PENA LÓPEZ, J.M., *El significado de las normas imperativas en el artículo 6.3 del Código civil*, libro inédito que manejamos por cortesía del autor, pág.9 del original mecanografiado.

⁷GIL RODRÍGUEZ, J., "Eficacia y aplicación de la norma civil", en AA.VV., *Manual de Derecho civil. Introducción y Derecho de la persona*, Valencia, Ed. Marcial Pons, 1995, p.84. En el mismo sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Comentario al art.6.2", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Madrid, Ed.EDERSA, 1992, T.I-1º, p.729. Señala FIGA FAURA ("La renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la ley", en AA.VV., *El Título preliminar del Código civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1977, T.I-1º, p.262): "Tal exclusión no se dará normalmente -aunque hay notorias excepciones- en forma aislada. Lo que se produce en la práctica es la sustitución del texto de la ley -de la norma- por otro de diverso sentido. No es otra cosa que lo que, en nuestro Código civil, se contempla con la expresión "pacto en contrario".

⁸CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Comentario al art.6.2", op.cit., p.739. Y ello porque "el efecto inmediato y típico de la renuncia es la abdicación en la titularidad de un derecho. Se trata, por tanto, de un caso de pérdida o abandono del derecho, que es una figura opuesta a la adquisición del derecho". No obstante, en materia de renuncia existe una gran imprecisión terminológica. Al respecto FIGA FAURA ("La renuncia de derechos...", op.cit., p.243), aun precisando que el concepto central de la renuncia se refiere a la "abdicación de un derecho principal", indica que la renuncia se utiliza de muy diversas formas: "como objeto principal de un negocio, como negocio indirecto, como

puridad no se puede renunciar a algo que todavía no se posee. Así, mientras que el acto de exclusión recae sobre el Derecho objetivo, la renuncia se refiere al derecho subjetivo o concreto⁹.

No estamos, entonces, ante una renuncia al derecho (subjetivo) de resarcimiento por el incumplimiento de las obligaciones o de los deberes, perfectamente admisible igualmente, porque éste nace en el momento en que se produce el daño, acompañado de otras circunstancias, y no antes. Las cláusulas restrictivas de responsabilidad hacen alusión al Derecho objetivo: excluyen total o parcialmente la regulación de la responsabilidad civil antes de que se produzca el daño.

Precisamente esta nota, la de su estipulación antes del nacimiento del ilícito contractual o extracontractual, es la que confiere toda su problemática a la figura de estudio porque la renuncia *ex post*, esto es, la renuncia al resarcimiento una vez producido el daño, entrañaría menos riesgos para quien tuviera derecho a ser resarcido.

De lo apuntado hasta ahora se puede concluir que las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil constituyen aquellos negocios jurídicos por medio de los que se excluye voluntariamente y de forma anticipada la eficacia de las leyes que regulan la responsabilidad civil.

En efecto, las cláusulas restrictivas representan auténticos negocios jurídicos, en tanto que son "declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir

procedimiento abreviado de conseguir la transmisión a una determinada persona del derecho renunciado, como negocio o declaración accesorio de otro principal. Esta variedad actual es resto y reflejo de la enorme cantidad de usos que la renuncia tuvo en otras épocas". Incide en la misma idea PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, 2ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1989, T.I, p.350): "la verdadera renuncia es la abdicativa, por la que el declarante pierde el derecho renunciado sin transmitirlo a nadie, pues la llamada renuncia traslativa es un acto de enajenación. La renuncia abdicativa es una declaración unilateral de voluntad que será eficaz si el renunciante tiene capacidad para disponer del derecho renunciado, y si respeta los límites legales [...]".

⁹Como precisa PENA LÓPEZ, J.M. en *Lecciones de Derecho civil. Apuntes de las lecciones*. En el mismo sentido, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.347.

un resultado [la exclusión total o parcial de responsabilidad civil], que el Derecho estima digno de tutela [art.6.2 C.c.], sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos"¹⁰. Y en tanto que negocios jurídicos, las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil han de cumplir con los requisitos o elementos esenciales o específicos del negocio jurídico, que, siguiendo a DE CASTRO, son: la existencia de la declaración de voluntad a la que se atribuye la creación de la específica regla negocial (declaración negocial) y el resultado social que con el negocio se haya propuesto conseguir (causa)¹¹.

Procederemos a analizarlos por separado.

1º La existencia de la declaración negocial. Por ella se entiende "el signo o signos que se pueden considerar expresivos de una voluntad dirigida a conseguir un resultado social, que el Derecho estima digno de amparo como relación negocial"¹². Así las cosas, no basta la simple voluntad libre y consciente -que, como señala PENA, implica que se tenga conciencia de aquello que constituye el acto de exclusión: la normativa excluida¹³- dirigida a la constitución del resultado sino que es preciso que la voluntad sea manifestada ya de forma expresa ya de forma tácita o, en su caso, a través del silencio.

No obstante, dado el carácter bilateral de la relación que acoge el acto de exclusión, la relación obligatoria de resarcimiento de daños ya contractuales ya extracontractuales, la declaración negocial que pretenda la exclusión total o parcial de la ley que regula el resarcimiento (art.1101 y siguientes C.c. y art.1902 C.c.) ha de aunar los consentimientos

¹⁰DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Ed. Civitas, 1991, p.34.

¹¹Cfr. DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.56.

¹²DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.65.

¹³Cfr. PENA LÓPEZ, J.M., *Lecciones de Derecho civil. Apuntes de las lecciones*. Y así en el art.4 del Proyecto de Código civil de 1851, se declaraban nulas las renunciaciones de ámbito general: "*La renuncia de las leyes en general no surtirá efecto*". Al respecto señalaba GARCÍA GOYENA (*Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, p.17) que: "Para que la renuncia valga ha de saber el renunciante qué es lo que se renuncia; y esto no cabe en las renunciaciones generales, que vendrían a ser un lazo para los incautos ó ignorantes".

de los sujetos implicados, de las partes de la obligación de resarcimiento. En otras palabras, se trata de una declaración de voluntad que se ha de formar con el consentimiento de las partes de la relación obligatoria de resarcimiento que eventualmente surgirá entre ellas con motivo bien del incumplimiento de una obligación que ya las vincula bien del incumplimiento del deber *neminem laedere*.

Se pone de relieve, de este modo, la naturaleza contractual de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil. Las figuras a las que nos referimos son disposiciones de la *lex contractus*. El acto de exclusión cuyo formato más común es el de cláusulas accesorias a otro contrato ya establecido entre las partes, puede asimismo erigirse en contenido único de un contrato¹⁴. En estos supuestos, más extraños en la práctica, el pacto concertando la exclusión de la responsabilidad contractual o extracontractual¹⁵ configurarían verdaderos contratos atípicos¹⁶.

Ya como cláusulas accesorias de otro contrato ya como contrato independiente, las restricciones de responsabilidad a las que nos referimos son, en todo caso, pactadas, fruto de la fusión de consentimientos de las partes implicadas en la obligación resarcitoria que va a ser perturbada. En definitiva, son estipuladas por las partes que van a ser afectadas:

¹⁴Por el contrario, GARCÍA AMIGO (*Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, Ed. Tecnos, 1965, p.87) define a las cláusulas por su nota de accesoriedad, desconociendo la posibilidad de que existan contratos dedicados en su integridad a la limitación o exoneración de la responsabilidad. La razón de ello es que no se introduce en el análisis de las cláusulas de limitación de responsabilidad extracontractual que es donde podrá darse más naturalmente este fenómeno.

¹⁵Precisamente es en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en el que tal fenómeno tiene más fácil acomodo porque en estos casos la víctima y el posible dañante pretenden exclusivamente la regulación de las consecuencias de la eventual responsabilidad aquiliana bien para reducirla o bien para excluirla totalmente, sin que exista referencia a ninguna otra relación contractual entre ellos.

¹⁶Así califica CARNEVALI (*La responsabilità del produttore*, Milano, Giuffrè Ed., 1974, p.391) a los contratos cuyo único objeto es procurar la limitación o exoneración de la responsabilidad de una de sus partes: "*Si tratta di veri e propri contratti innominati i quali vengono riconosciuti dalla legge purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico [...] La loro validità piuttosto subordinata, proprio perché sono contratti innominati, un positivo controllo da parte del giudice che l'interesse da realizzare sia, nel singolo caso, meritevole di tutela [...]*".

causante del daño y dañado de la relación contractual o extracontractual¹⁷.

La necesaria concurrencia de una declaración negocial manifestada por el concurso de las voluntades de los afectados en el acto de exclusión que representa la cláusula restrictiva de responsabilidad civil, nos lleva a excluir de nuestro objeto de estudio ciertos fenómenos de restricción de responsabilidad que no participan de este requisito.

En primer lugar, hay que diferenciar las cláusulas restrictivas de responsabilidad de las declaraciones unilaterales de exclusión de responsabilidad.

Las declaraciones unilaterales de exoneración o limitación de responsabilidad son frecuentes en la práctica, generalmente en carteles o letreros en los que el eventual causante del daño o el deudor se liberan total o parcialmente de las consecuencias jurídicas del daño o del incumplimiento de las obligaciones asumidas¹⁸. Es el caso, por ejemplo, de los

¹⁷Se distinguen, de este modo, las cláusulas restrictivas de responsabilidad de las limitaciones legales de la responsabilidad civil, cuyo fundamento y validez jurídica no reside en el acuerdo de las partes en orden a la exclusión de responsabilidad sino en la voluntad del propio legislador que ha considerado conveniente limitar -generalmente se trata de limitaciones del *quantum respondeatur*- la responsabilidad de los agentes de determinados daños. Aunque no con carácter exclusivo, el ámbito de la responsabilidad objetiva es especialmente proclive a albergar limitaciones de esta índole. Por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, se pueden destacar como limitaciones legales de responsabilidad más significativas: art.117 de la Ley de Navegación Aérea de 1960; art.22 del Convenio de Varsovia de 1929 sobre transporte aéreo internacional; art.11 del Convenio de Roma de 1952 sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras; art.3 del Convenio de Bruselas de 1957 sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques que naveguen por alta mar (reformado por el Protocolo modificativo de 1979); art.52 de la Ley de Caza de 1970; art.11 de la Ley 22/94 sobre Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

¹⁸Un estudio de las declaraciones unilaterales de exoneración de responsabilidad en DUFWA, B.W., "Droit suisse", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, dir. por J. GHESTIN, Paris, Ed. L.G.D.J., 1990, p.200. Estas declaraciones son habituales en el ámbito de la responsabilidad del hospedero. Con referencia a estas últimas SÁNCHEZ HERNÁNDEZ ("El depósito derivado del hospedaje y la responsabilidad del hospedero", ponencia presentada en las *I Jornadas sobre Derecho y Turismo*, Ávila, 11-13 de noviembre, 1994) hace el siguiente comentario: "No sería posible la declaración unilateral del hospedero consignando carteles o avisos que rechacen su responsabilidad y colocados en un lugar que permita su lectura sin dificultades [...] Cosa distinta son las prevenciones sobre el cuidado y vigilancia de los efectos que pueden comunicarse unilateralmente o mediante rótulos que

carteles o avisos por los que algunos hospederos declaran su intención de irresponsabilizarse por el cuidado y vigilancia de los efectos de los clientes, o el supuesto del garajista que excluye su responsabilidad por la custodia del vehículo mediante un letrero en el aparcamiento.

En estas hipótesis, existiría una voluntad puramente unilateral de exclusión de la responsabilidad por parte del deudor que no está refrendada por la otra parte, es decir, que no ha sido, en principio, consentida por el otro afectado por el negocio jurídico de exclusión, que precisamente va a ser el que asuma las consecuencias más gravosas del acto de exclusión.

No obstante, el problema que se presenta a la hora de calificar los ejemplos propuestos como declaraciones unilaterales de voluntad -y, por consiguiente, carentes, a nuestro juicio, en general de eficacia jurídica- reside en la dificultad de determinar, en ocasiones, cuándo las declaraciones de irresponsabilidad son en efecto unilaterales o, por el contrario, son bilaterales; en otras palabras, cuándo se considera que aquellas advertencias emitidas unilateralmente por el eventual dañante o el deudor devienen posteriormente aceptadas por la otra parte, en defecto de un consentimiento expreso.

Estamos así ante la problemática de la forma de manifestación de la voluntad, y en particular ante el dilema del valor jurídico de las declaraciones tácitas y del silencio contractual.

Sin pretensiones de profundizar en una cuestión de enorme complicación, sí resulta interesante poner de manifiesto la doctrina jurisprudencial al respecto. En este sentido, la

no excluirán la responsabilidad". Aprovechamos la ocasión para señalar que tampoco en el Derecho italiano tienen eficacia exoneradora los letreros -incluso los pactos o declaraciones- tendentes a limitar o excluir la responsabilidad del hospedero, y ello debido a la propia normativa aplicable, que los considera nulos, y a la existencia de uniforme jurisprudencia en la materia que ha censurado con extremado rigor tales exoneraciones de responsabilidad, en base a la naturaleza de orden público de tal responsabilidad y a la exigencia de asegurar al cliente una situación de efectiva paridad contractual. En este sentido, vid. GIURNELLI, MONTICELLI, ZUDDAS, *Il contratto d'albergo. Il contratto di viaggio. I contratti di tempo libero*, Milano, Ed. Giuffrè, 1994, pp.87 y 88.

sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990 sistematiza la opinión del Alto Tribunal en los siguientes términos: "el *consentimiento tácito* ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente - STS 11-11-1958 y 3-1-1964-, sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento, por requerirse actos de positivo valor demostrativo de una voluntad determinada en tal sentido -STS 30-11-1957 y 30-5-1963-, exigiendo el consentimiento tácito la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones -STS 10-6-1966-, insistiendo la de 20-1-1965 en ese carácter meramente negativo del *silencio*, que sólo adquiere relevancia jurídica cuando de antemano es tenido en cuenta por la Ley para asignarle un cierto efecto, bien sea procesal [...], o sustantivo [...], o cuando de la mera voluntad privada surgen relaciones en cuyo curso acaecen hechos que hacen precisa, para puntualizar los hechos derivados, una manifestación de voluntad que se omite [...], insistiéndose en que el silencio absoluto no es productor de efectos jurídicos más que en el caso de que la Ley o la voluntad de las partes se los reconzca o conceda previamente, pudiéndose hablar de silencio cualificado sólo cuando se junte a hechos positivos precedentes, a una actuación anterior de la parte que guardó silencio, o a particulares situaciones subjetivas u objetivas que sirva como elemento útil para tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad -STS 24-1-1957-"¹⁹.

Teniendo en consideración tales criterios habrá que evaluar el carácter unilateral o bilateral de las declaraciones de irresponsabilidad, juzgando si la persona a la que se dirige dicha declaración -el eventual dañado o el acreedor- ha consentido válidamente la exoneración o limitación de responsabilidad. No existe inconveniente en admitir el consentimiento tácito o incluso el silencio como fórmulas de manifestación del

¹⁹En términos muy similares se pronunció la STS de 28 de enero de 1983, comentada por CLAVERÍA GOSÁLBEZ en C.C.J.C., nº1, 1983, p.117 y ss. En el comentario, el autor corrobora el significado de "declaración tácita de voluntad" con las siguiente explicación: "Declaración tácita será [...] la que se infiere directamente de un conducta dotada de un significado propio y distinto de ella, pero incompatible con una voluntad diferente de aquélla en la que dicha declaración consiste; esta conducta de la cual deducimos la existencia de la declaración mencionada puede consistir en el acto de hablar o de escribir, es decir, en el acto de emplear un lenguaje, o un simple comportamiento concluyente; puede consistir en un negocio jurídico, en un mero acto jurídico o en una acción que en sí misma es ajena al campo del Derecho" (p.121).

consentimiento, pero siempre que sean inequívocos y concluyentes de la voluntad del sujeto (*facta concludentia*), ya que no se debe olvidar que "solamente si la voluntad se exterioriza deviene un fenómeno reconocible socialmente y relevante para el Derecho"²⁰.

Precisamente desde estas coordenadas considera CARNEVALI²¹ irrelevantes, en el plano jurídico, las declaraciones contenidas en la envoltura del producto o en las instrucciones del mismo por las cuales el fabricante o productor se exonera de su responsabilidad frente a los posibles daños a los consumidores. Porque, si bien tales declaraciones se podrían considerar como una de tantas propuestas *ad incertam personam* de un pacto de irresponsabilidad que se perfeccionaría con la aceptación tácita del consumidor mediante la compra del producto, no parece que el comportamiento que supone la adquisición del mismo tenga un carácter tan concluyente e inequívoco como para reconducirlo implícitamente al asentimiento de la propuesta del fabricante.

En definitiva, la contractualidad característica de nuestra figura no es óbice para admitir la eficacia de cláusulas tácitas. Pero, como señala DURAND, para que el beneficiado por una cláusula o declaración de irresponsabilidad pueda hacer uso efectivo de ella ha de aportar la prueba del consentimiento de la otra parte; si tal consentimiento no es expreso tendrá que demostrar la realidad del mismo de alguna forma²².

En segundo lugar, hay que diferenciar las cláusulas restrictivas de la denominada, en la teoría de la responsabilidad civil, asunción de riesgos, calificada por algunos como un supuesto tácito de exoneración de responsabilidad²³ o como una renuncia implícita al

²⁰LUNA SERRANO, A., "El consentimiento contractual y su declaración", en LACRUZ, J.L. y otros, *Elementos de Derecho civil*, Barcelona, Ed. Bosch, 1987, T.II, vol.2º, p.97.

²¹CARNEVALI, U., *La responsabilità del produttore*, op.cit., p.394.

²²Cfr. DURAND, P., *Des conventions d'irresponsabilité*, op.cit., p.46.

²³Cfr. SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7ªed., Madrid, Ed. Montecorvo, T.I, 1993, p.38. A pesar de esta calificación, advierte el autor que "únicamente en los casos de actuación a riesgo propio, con conocimiento de peligro a que se somete, podrá estimarse exclusión tácita de responsabilidad del agente por ejemplo, en viaje de favor en

derecho a ser indemnizado²⁴.

A nuestro juicio, la virtualidad de la asunción de riesgos como causa de exclusión total de la responsabilidad parece, cuando menos, dudosa. El que compra un producto conocedor de que tal objeto es defectuoso ¿assume, en virtud de la compra, el riesgo de los daños que le pueda ocasionar?; ¿el conocimiento de la existencia de ese defecto libera *totalmente* al vendedor o al productor de responsabilidad?

Hay que partir de la explicación dada por HONORAT²⁵: la asunción de riesgos sólo juega cuando la culpa del agente no está probada (*faute presuntée*), careciendo de efectos exoneratorios si se demuestra efectivamente aquélla (*faute prouvée*). Esta circunstancia es vital para su distinción con las cláusulas de irresponsabilidad en el terreno extracontractual, porque éstas excluirían precisamente la responsabilidad del sujeto dañante aun cuando se constatará la existencia de un acto ilícito, resarcible y culpable por parte de aquel individuo²⁶.

vehículo conducido por persona bajo influencia de bebidas alcohólicas".

²⁴Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, Ed. Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1985, p.197.

²⁵HONORAT, J., *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1969, p.206 y ss.

²⁶Desde otra perspectiva, PONZANELLI (*Le clausole di esonero dalla responsabilità civile. Studio di Diritto comparato*, Milano, Giuffrè Ed., 1984, p.15) ha colaborado en la tarea de deslindar las dos figuras con el huido argumento de que la iniciativa en la producción de los efectos exoneratorios corre a cargo del dañado cuando nos hallamos ante la figura de la asunción de riesgos, mientras que en el caso de las cláusulas exoneratorias de responsabilidad aquélla corresponde sobre todo al sujeto dañante. El autor, que dedica parte de su obra a demostrar la legitimidad de las cláusulas de exoneración en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, plantea el problema de su distinción con la figura del *consenso dell'avente diritto*, cuestión clave desde el momento en que PONZANELLI no sólo acepta la posibilidad de limitar convencionalmente la responsabilidad aquiliana sino de hacerlo, además, tácitamente -en este último caso la similitud entre estas dos figuras es muy notable-. Inicialmente la diferenciación radica en que en las cláusulas de exoneración "*dal soggetto danneggiato viene manifestato un consenso, tacito o espreso, a subire gli effetti pregiudizievoli (volenti non fit injuria) di un determinato atto, mentre in la seconda, -en la asunción de riesgos-, il danneggiato ha consapevolmente accettato un rischio che si è rivelato poi concreta occasione per il danno verificatosi*". Concluye, entonces, que "*il tratto distintivo sembra risiedere altrove, e, più precisamente, nel fatto che nel consenso dell'avente diritto l'iniziativa nel procedimento eziologico,*

En cualquier caso, y siguiendo a CAVANILLAS, para que pudiera poseer alguna virtualidad en el terreno de la exclusión de responsabilidad sería necesario, además del argumento aducido por HONORAT -que la culpa del agente no quede probada-, la comprobación de dos extremos, a saber, que el defecto sea lo suficientemente patente e importante como para destacar y llamar la atención y que el comprador sea consciente de él y de la probabilidad de que se produzca el daño así como de su gravedad²⁷.

Sólo en esta hipótesis nos encontraríamos, a nuestro juicio, ante una verdadera asunción de riesgos del comprador²⁸. Pero, aun así creemos que es preciso ser cautos a la

che potbbe sfociare nella produzione di un fatto illecito, é del danneggiato, mentre nelle clausole di esonero é innanzitutto del soggetto danneggiante". El argumento utilizado por el autor denota sus dudas acerca de la existencia real de diferencias estructurales entre las dos figuras que emergen cuando, adentrándose en el sistema francés, comenta la posición jurisprudencial gala que sí parte de la existencia de profundas diferencias entre la aceptación de riesgos y las cláusulas de exoneración de la responsabilidad. En este sentido, vid. las páginas 52 y siguientes de la obra citada.

²⁷Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil...*, op.cit., p.199. En el mismo sentido, CARNEVALI (*La responsabilità del produttore*, op.cit., p.395) señala como requisitos mínimos para que podamos entrar en el problema de la asunción de riesgos, que el consumidor o usuario se dé cuenta en concreto del peligro, esto es, de que su producto es defectuoso; que valore la gravedad de aquél y que la acepte voluntariamente.

²⁸Aunque se ha centrado el discurso en los productos defectuosos la teoría de la asunción de riesgos comprende toda la esfera de responsabilidad civil. En concreto, se ha especulado con su virtualidad en el ámbito del transporte benévolo o de cortesía. En este sentido, el que, por ejemplo, conocedor del estado de embriaguez del conductor se sube en un vehículo asume el riesgo de un posible accidente lo cual, según los partidarios de conceder la máxima amplitud a esta teoría, podría exonerar al conductor de indemnizar a su acompañante. Esto es así porque el pasajero por el hecho de introducirse en el vehículo del transportista a título de cortesía asume los riesgos inherentes al medio de locomoción -los denominados riesgos normales-, y hasta en determinadas circunstancias, como en las del ejemplo, se entenderían asumidos riesgos excepcionales o anormales. En este sentido vid. LESERVOISIER, Y., *La responsabilité civile résultant du transport gratuit de personnes en droit français et en droit anglais*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1966, p.104. En el Derecho español, vid. SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, op.cit. T.II, p.644 y ss. y SOTO NIETO, F., *La responsabilidad civil en el accidente automovilístico. Responsabilidad objetiva*, 2ªed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Judicial, 1972, p.717 y ss.

También en el ámbito de las actividades deportivas cobra importancia la teoría de la asunción de riesgos. Es relevante la STS de 22 de octubre de 1992 (A.8399) que declaró la inexistencia de responsabilidad civil por una lesión acaecida durante un partido de pelota en cuanto "tal evento no es en realidad otra cosa que una consecuencia desgraciada dy siempre sentida de cualquier tipo de juego, pero de responsabilidad inicialmente inimputable". Y ello porque "en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos puede implicar [...] va ínsita en los

hora de constituir la asunción de riesgos en causa de exoneración de responsabilidad. En otro caso, como ya ponía de manifiesto DURAND, estaríamos abriendo una puerta a las exigencias que el ordenamiento jurídico prescribe para las cláusulas de irresponsabilidad ya que se permitiría el mismo efecto sin necesidad siquiera de que el afectado consintiese en la exoneración de responsabilidad²⁹.

Finalmente, podría plantearse ya en este punto, la cuestión de la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en el ámbito de la contratación estandarizada, ámbito en el que la existencia de una auténtica declaración de voluntad negocial ha sido, cuando menos, problemática.

La imposición del contenido del contrato por una de las partes a la otra hace

mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales, ya que de ser así podrían incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas" (F.J.5º).

Otro de los aspectos más significativos de la teoría de la asunción de riesgos se manifiesta en el denominado "consentimiento de la víctima", que en determinados casos podría acarrear igualmente efectos exoneratorios. Por ejemplo, en la relación médico-paciente es muy habitual la prestación del consentimiento del enfermo ante ciertos tratamientos arriesgados. Sin embargo, la acción de prestar el consentimiento no implica exoneración del profesional, ya que en el supuesto en que constase su negligencia, el médico no podría invocar el consentimiento otorgado para liberarse de responsabilidad, porque éste, en definitiva, sólo juega como un mecanismo obligatorio de amparo para el médico en supuestos de operaciones de alto riesgo. En los supuestos de responsabilidad médica, además se ha descartado la operatividad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, por inmorales, dada la fuerte impregnación de orden público que posee aquella responsabilidad (así, SANTOS BRIZ, J., "La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español", *R.D.P.*, 1984-II; en contra, FERNÁNDEZ COSTALES, J., *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, Ed. La Ley, 1984, p.175, quien concibe como perfectamente legales, adecuándose a los límites generales del Código civil, las cláusulas modificativas de la responsabilidad del médico, ya que como manifiesta "la responsabilidad del médico puede modificarse no sólo cuando concurren causas legales que determinen la ausencia de responsabilidad sino también en ciertos supuestos mediante cláusulas estipuladas por las partes del convenio expreso"; opinión ratificada por la sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete de 1 de diciembre de 1980 que las considera lícitas si bien sometidas a los límites del artículo 1255 C.c.).

²⁹Cfr. DURAND, P., *Des conventions d'irresponsabilité*, op.cit., p.104. Literalmente señala que: "L'idée d'acceptation des risques est utilisée pour échapper aux exigences d'une convention explicite d'exonération de responsabilité [...] Tent-t-on d'échapper à son gré une convention artificielle: on aboutit alors au pire arbitraire". Esta afirmación la efectúa desde una postura rotundamente negadora de efectos exoneratorios a la asunción de riesgos tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como de la responsabilidad extracontractual (*Ibidem*, p.59 y ss.).

prácticamente imposible hablar de autonomía privada y de consentimiento. El consentimiento contractual entendido como "la concordancia de las dos o más voluntades (declaradas) de las partes que celebren el contrato"³⁰, no está presente en las condiciones generales. Aquí nos encontramos ante el fenómeno de la adhesión, aceptación o sumisión³¹ al contenido de las condiciones generales que dista de poder equivaler, desde una perspectiva realista, al consentimiento contractual. Señalaba DE CASTRO, que "se consiente sobre lo conocido y entendido. Las condiciones generales por su misma complejidad no pueden ser entendidas por los clientes"³².

Ante esta realidad no coincidente, tres posturas podrían ser defendidas. En primer lugar, negar la capacidad de la adhesión para representar un consentimiento lo que implicaría, a la postre, rechazar el carácter contractual de las condiciones generales. En segundo lugar, admitir en principio la existencia de un consentimiento para después considerarlo viciado, en tanto que tal consentimiento no es libre ni pleno ya que quien lo emite no conoce generalmente el contenido contractual y además le viene impuesto³³. Finalmente, establecer una ficción jurídica y considerar que el consentimiento contractual en condiciones generales de contratación es la adhesión, admitiendo al tiempo las singularidades

³⁰ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, 9ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1994, T.II, vol.1º, p.358.

³¹SANTOS BRIZ (*Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Granada, Ed. Comares, 1992, p.120) detalla las diversas formas que puede revestir la adhesión a condiciones generales: "1. Por aceptación de aquéllas en el documento que refleja el contrato, impresas en el mismo o en documento adjunto [...]; 2. Por referencia expresa a las condiciones en el contrato individual, pero sin ir incluidas en éste ni en documento adjunto [...]; 3. Por referencia tácita en el contrato individual [...]; 4. En el comercio se admite que ciertas condiciones negociales valgan sin necesidad de sumisión cuando las mismas han llegado a ser usos de comercio [...]".

³²DE CASTRO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, 2ªed., Madrid, Civitas, 1985, p.58.

³³Cfr. POLO, E., "La protección del consumidor en el Derecho privado", en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1981, p.854. Señala POLO que "quizás no fuera desaconsejable introducir, respecto de los contratos en masa, ciertas reformas en orden a propugnar una aplicación distinta de la institución de los vicios del consentimiento de forma más flexible, menos rigurosa o más favorable al consumidor, ya que su prestación del consentimiento se halla enormemente presionada, e incluso deformada, por las modernas técnicas publicitarias y de venta".

de ésta.

La primera de estas posturas ha sido recientemente postulada por ALFARO. Partiendo de una crítica feroz a las teorías contractualistas³⁴, ha señalado que "la adhesión no constituye consentimiento, sino simplemente, y de acuerdo con la significación objetiva que cabe atribuirle a la luz de la ley y de la buena fe, autorización para formalizar reglas y principios legales"³⁵, para llegar a la conclusión de que la eficacia de las condiciones generales "no es constitutiva sino meramente declarativa"³⁶, ya que "no pueden crear Derecho en el sentido que lo crea la autonomía privada o el legislador"³⁷.

A nuestro juicio, la tercera postura es la que debe ser asumida. No se puede negar la existencia de un cierto consentimiento en las condiciones generales de contratación: el particular que acepta o se adhiere al contenido del contrato está mostrando su intención de contratar. Ciertamente es que no se puede considerar que manifieste un acuerdo con la totalidad de las condiciones que firma, porque a fuer de ser sinceros, ni lee todo lo que firma ni probablemente lo entiende. Pero sí palpita en la adhesión la aceptación de un núcleo contractual, de "lo esencial" de ese contrato³⁸; con respecto a ese núcleo fundamental creemos que se puede hablar de un consentimiento contractual.

En fin, aunque matizado -mediante la categoría de la adhesión- el requisito de la

³⁴Explica ALFARO que el punto más débil de la tesis contractualista "reside en atribuir el valor de consentimiento a la adhesión, pues de esta manera, dicho consentimiento negocial queda degradado a un acto meramente voluntario al que resulta muy difícil reconocer el valor ético que está en la base de la protección y reconocimiento que el ordenamiento otorga a la libertad contractual" (ALFARO, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Ed. Civitas, 1991, p.55).

³⁵ALFARO, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.102.

³⁶*Ibidem*, p.101.

³⁷*Ibidem*, p.101.

³⁸Análoga postura en LÓPEZ SÁNCHEZ, J., "Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español", *R.G.L.J.*, 1987, p.615: "El contratante que no ha participado en la elaboración de la norma privada contractual conoce tan sólo cuáles son las prestaciones cardinales que el contrato entraña, pero no su periferia".

existencia de la declaración negocial exigido en las cláusulas restrictivas de responsabilidad, en tanto que negocio jurídico, está presente también en el marco de las condiciones generales de la contratación. Ello implica que consideremos *a priori* válidas estas cláusulas cuando se insertan en formularios de contratación en masa. No obstante, la matización de la que hablamos va a determinar la existencia de un mayor control y de especiales cautelas en este sector de contratación.

En este sentido, como advierte JORDANO FRAGA, "se acentúa la necesidad de protección de la "parte débil" frente a una regulación impuesta, que debe aceptar como un todo sin posibilidad de modificación, y sin otra alternativa que dejar de contratar, pues los modelos de contratos son frecuentemente uniformes para las diversas ramas de la actividad. Además, esta alternativa ni siquiera se presenta cuando se trata de servicios o bienes indispensables, o hechos indispensables por la sociedad de consumo"³⁹.

Así, propone el citado autor, "junto a los límites genéricos puestos a la voluntad, cualquiera que sea su forma de expresión, asistimos a la aparición de un tutela específica, derivada de la frecuente inserción de las cláusulas exoneratorias y limitativas en modelos de contratación uniforme, tutela que deriva de la especial forma en que la contratación se realiza en estos casos, y que trata de dar respuesta a los intrínsecos peligros que dicho modo de contratación lleva aparejados".⁴⁰

Pero, hay que advertir, también desde ahora, que "el problema de las cláusulas modificativas del régimen de la responsabilidad debe desvincularse de los problemas generales de la contratación por adhesión [...] por lo cual el problema genuino de la admisibilidad y de la validez de las cláusulas de modificación debe ser considerado de una manera objetiva, aislándolo del tipo contractual en que se encuentren insertas"⁴¹.

³⁹JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, Ed. Civtas, 1987, p.327.

⁴⁰JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, op.cit., p.327.

⁴¹DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 4ªed, Madrid, Ed. Civitas, 1993, T.II, p.615.

2º La causa del negocio jurídico de exclusión. Mediante este elemento del negocio jurídico, se requiere, de una parte, que la finalidad o resultado perseguido con la exclusión voluntaria de la ley aplicable -de las normas reguladoras de la responsabilidad civil- no sea ilícita o inmoral (art.1275 C.c.) y, de otra parte, que exista una razón suficiente que justifique la exclusión de la aplicación de la ley⁴².

A pesar de que el acto de exclusión que suponen las cláusulas restrictivas de responsabilidad tenga que referirse a las leyes dispositivas -sólo respecto a éstas se faculta la citada exclusión- no bastaría la comprobación de este dato para que el ordenamiento jurídico conceda eficacia a la exclusión de la ley. Se precisa, entonces, que el concreto negocio de exclusión y, en nuestro caso, las cláusulas restrictivas de responsabilidad encuentren justificación, encuentren una razón, una causa, que se valorará atendiendo al resultado que con estas cláusulas se busca o se hayan propuesto quienes hagan las declaraciones negociales⁴³.

Y ello porque como señalaba DE CASTRO, "las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señala que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en

⁴²PENA LÓPEZ, J.M., *Lecciones de Derecho civil. Apuntes de las lecciones*.

⁴³Cfr. DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.191. Es ésta la función que, según DE CASTRO, nuestro Derecho atribuye a la causa del negocio jurídico: "la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan las declaraciones negociales".

daño a una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato"⁴⁴. En fin, "el pacto o cláusula que se aparte del tipo legal y por el que se abandone alguna facultad u obligación, para que sea válido, habrá de estar justificado por alguna razón concluyente, estar su renuncia especialmente justificada o compensada"⁴⁵.

Esta idea de "justificación" preside toda su exposición en torno al tema⁴⁶, a pesar de que reconozca, obviamente, la facultad de las partes en el Derecho español para modificar los tipos contractuales, excluir, aligerar o agravar obligaciones propias del contrato. Pero, "el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato (por ejemplo: venta a riesgo y ventura, rebaja de precio, de saldo, etc.) no es eficaz en cuanto implica una renuncia de ley"⁴⁷.

Es así que la "justificación" (la causa) para conceder eficacia a las cláusulas restrictivas de responsabilidad, en cuanto excluyentes de la norma dispositiva (de los preceptos que regulan la determinación de la extensión y resarcimiento del daño, en palabras de DE CUPIS), ha de concretarse en la idea de equilibrio entre las obligaciones de las partes: las prescripciones pueden ser alteradas en su contenido, sufrir supresiones,

⁴⁴DE CASTRO, F., "Notas sobre las limitaciones...", op.cit., p.1061.

⁴⁵DE CASTRO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, op.cit., p.83.

⁴⁶Una interpretación muy similar del sistema normativo es la efectuada por G.B. FERRI (*Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, Giuffrè Ed., 1970, p.141): "Ora questa equivalenza tra norme inderogabili e norme imperative è sicuramente inessata. Se è vero, infatti, che le norme imperative sono tutte inderogabili, non è vero che le norme inderogabili siano tutte imperative" (p.139). Se está refiriendo a las normas dispositivas, "norme, cioè, che descrivono gli istituti nei loro caratteri meno rilevanti [...] Sono i limiti, i confini che naturalmente e necessariamente derivano agli istituti giuridici, in quanto attraverso essi si definisce la loro natura, la loro portata; si dà agli istituti una fisionomia" (p.140). Sin embargo, aclara FERRI que "E quel limite che eventualmente in esse sia statuito non si deve intendere como un limite che costringa o circoscriva l'autonomia e la libertà dei privati; e cioè impedisca loro di realizzare un interesse al di là dei confini fissati dalla definizione legali; ma si deve intendere como delimitazione e cioè configurazione dell'istituto giuridico, creato per la tutela dell'interesse giuridicamente tutelato. Questa delimitazione trova la sua base in ragioni di ordine logico, di ordine tecnico, oltre in ragioni di ordine giurudico".

⁴⁷DE CASTRO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia...*, op.cit., p.83.

modificaciones o enmiendas; lo que no se puede alterar es ese equilibrio o equivalencia que encierran; en otro caso, quedaría afectada la causa del acto⁴⁸.

La exigencia de equilibrio y de equivalencia es, con más razón, predicable de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad insertas en condiciones generales de contratación, porque es en este sector donde su plasmación es más común, ya que al ser difíciles de aceptar en contratos negociados, sin una presión considerable, encuentran en las técnicas de adhesión su soporte ideal⁴⁹.

Precisamente en este ámbito, el artículo 10.1c) de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, reguladora, en la actualidad, del fenómeno de condiciones generales, considera como requisito a cumplir por las cláusulas insertas en formularios "*el justo equilibrio de las contraprestaciones*". Y, como declara BERCOVITZ, "el punto de referencia habitual para reconocer la existencia de un desequilibrio excesivo es la regulación del contrato"⁵⁰: las normas dispositivas.

2. ASPECTO FUNCIONAL DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD. TIPOLOGÍA

Mediante el análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, al tiempo que se pretende sistematizar de algún modo la amplia gama de cláusulas, se quiere poner de relieve el aspecto funcional de estas convenciones, ya que va a ser precisamente en la clasificación donde quede patente la forma de operar de las figuras objeto de estudio.

⁴⁸Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La defensa contractual del consumidor en la LCU", en BERCOVITZ, A. y BERCOVITZ, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Ed.Tecnos, 1987, p.201. En el mismo sentido, PENA LÓPEZ, J.M., *Lecciones de Derecho civil. Apuntes de las lecciones*.

⁴⁹Cfr. BERLIOZ, G., *Le contrat de adhesion*, París, Ed. L.G.D.J., 1976, p.71.

⁵⁰BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La defensa contractual del consumidor...", op.cit., p.201.

En términos generales, la función de estos pactos, especificada ya en su *nomen iuris*, consiste en restringir la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes. Tal operación de restricción comporta una limitación convencional de los supuestos en los que el causante del daño debería responder en caso de no haber estipulado alguna cláusula de este tipo. El punto de referencia de este deber viene dado, evidentemente, por la ley, constituyendo, entonces, las convenciones de irresponsabilidad, excepciones a su aplicación.

Ése es su objeto: crear una alternativa reguladora de los derechos y deberes de las partes ante la producción de un hipotético daño para el acreedor. Pero no es una regulación completa la que ofrecen, sino que únicamente se refieren a las consecuencias del acto ilícito y no a las condiciones para que éste se produzca, extremo en el que se remiten a la regulación legal. Modifican, entonces, las reglas que determinan el daño resarcible y su liquidación. De este modo, se hacen eficaces en el momento en que se produce un acontecimiento generador de responsabilidad, imputable al deudor, negándola total o parcialmente, según se haya estipulado.

Antes de proceder a construir una suerte de clasificación general de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad con el objetivo, quizás algo pretencioso, de estructurar y organizar los tipos de limitaciones convencionales de responsabilidad, hemos de precisar algunas cuestiones.

En primer lugar, se ha de sentar el presupuesto de esta clasificación o su punto de partida. Hemos de confesar que manejamos un concepto amplio de la figura de estudio, en el sentido de incluir en éste no sólo aquellas convenciones que literalmente comporten una dispensa total o parcial de la responsabilidad, sino también las que aun sin hacer constar expresamente este extremo, impliquen al final un efecto limitativo o exoneratorio. En estas hipótesis, el objeto del negocio jurídico de exclusión de la ley, que representa la cláusula restrictiva, no estaría constituido por las normas sustantivas reguladoras de la responsabilidad civil; sino que alcanzaría a otros preceptos de algún modo implicados en la reglamentación integral del daño resarcible (como es el caso, por ejemplo, de ciertas normas procesales),

pero cuya exclusión repercutiría sobre la exigibilidad de la responsabilidad civil.

En definitiva, desde esta óptica extensiva, serán restrictivas de responsabilidad civil las cláusulas cuyo objeto o efecto, esto es, cuya función inicial y prevista o cuyo efecto final y más o menos imprevisto, sea la minoración de la responsabilidad civil.

No obstante, es conveniente justificar esta decisión. Las nuevas coordenadas de la contratación y el especial control que pesa sobre cláusulas que recen "*no se responde en caso de...*", han propiciado la aparición en los formularios de condiciones generales de otras que despiertan menos recelos en un consumidor ya advertido y desconfiado y que, bajo aspectos diversos, aparentemente no peligrosos, entrañan efectos idénticos o muy semejantes. En este sentido, son ilustrativas las cada vez más frecuentes cláusulas que inciden en aspectos procesales (jurisdicción, plazos para reclamar,...), las cuales, en la mayoría de los casos, persiguen dificultar las reclamaciones de los consumidores -y, consiguientemente, convertir en una ilusión la responsabilidad de los empresarios-. La efectiva comprobación de esta realidad nos ha movido a inclinarnos por un concepto amplio de nuestro objeto de estudio.

La segunda precisión que debemos efectuar es lógico corolario de la anterior. La consecuencia de la adopción de una noción que incluye cláusulas indirectamente limitativas de responsabilidad implica la aplicación a éstas de los límites que en este estudio, en la parte segunda, se van a proponer, sin perjuicio de que, a la vez, comulguen con su específico régimen jurídico. En definitiva, en cuanto limitadoras de responsabilidad todas las cláusulas integrantes de la clasificación participarán de los mismos límites, independientemente de las especialidades que se les asigne atendiendo a otra calificación.

La clasificación que se propone a continuación⁵¹ parte, por consiguiente, de una primera división: las cláusulas directamente restrictivas de responsabilidad y las indirectamente restrictivas. Dentro del primer grupo, hemos procedido a subdividirlas en las

⁵¹Esta clasificación está parcialmente inspirada en la propuesta por GARCÍA AMIGO en *Cláusulas limitativas...*, op.cit., pp.126-127.

siguientes categorías: las que afectan a la propia estructura o a los presupuestos de la responsabilidad (acción, daño, relación de causalidad y culpabilidad) y las que afectan a la indemnización que se deriva de la responsabilidad -a la acción indemnizatoria *stricto sensu*-. Esta ordenación tiene la virtud de aglutinar las variedades de cláusulas y de servir para cualquier tipo de responsabilidad.

Dentro del segundo grupo -las indirectamente restrictivas de responsabilidad- se han agrupado, sin ánimo de exhaustividad, otras cláusulas que, no incidiendo en el aspecto sustantivo de la responsabilidad, pudieran limitar de alguna forma la capacidad del dañado para hacerla efectiva. Principalmente, quizá por razones de frecuencia en la praxis contractual, nos hemos detenido en las convenciones referentes a las condiciones procesales de la acción indemnizatoria y las que modifican otros aspectos de la misma, como por ejemplo la solidaridad legalmente establecida. También estudiaremos, dentro de este grupo, las cláusulas que inciden en el aspecto garantístico de la obligación, es decir, las que afectan a la responsabilidad patrimonial.

2.1. Cláusulas directamente restrictivas de la responsabilidad

1º Cláusulas que afectan a las condiciones, requisitos o presupuestos de la responsabilidad

- *Cláusulas que inciden en la determinación del daño.* Se trata de cláusulas que reducen o exoneran de responsabilidad al deudor en caso de que el daño producido -el daño resarcible- tenga unas características determinadas. Así, se puede pactar la exclusión de responsabilidad del daño moral, de los daños causados a personas concretas, de aquellos ocasionados a cosas determinadas⁵², etc. La posibilidad que ofrecen estos pactos de excluir daños concretos -muy cuantiosos, imprevisibles o de cálculo difícil- hace que afloren de

⁵²Por ejemplo, la SAP Palencia 30 marzo 1992 (*R.G.D.*, 1993, p.5477 y ss.) analiza una cláusula de no responsabilidad por los daños producidos únicamente en instalaciones eléctricas por la caída de un rayo.

manera muy significativa en los contratos de transporte⁵³, en los contratos de *parking*⁵⁴ y, sobre todo, en los seguros de responsabilidad civil, a modo de delimitaciones de los riesgos asegurados⁵⁵.

- *Cláusulas que afectan a la relación de causalidad.* Son aquellas convenciones cuyo punto de inflexión se centra en la relación causa-efecto de la responsabilidad. Así, excluirán o reducirán la responsabilidad cuando esta relación se configure del modo previsto por las partes, esto es, cuando el daño devenga de acuerdo con lo concertado por los contratantes (con el supuesto de hecho de la cláusula) el deudor no responderá o lo hará en menor medida, en su caso⁵⁶.

- *Cláusulas concernientes a los criterios de imputación.* La cláusula operará ante determinadas condiciones de imputación: culpa leve, culpa grave, dolo o incluso caso fortuito

⁵³Así, la SAP de Córdoba 22 noviembre de 1990 (*R.G.D.*, 1991, p.11504) entra a considerar la validez de una cláusula de exoneración en un contrato de transporte en la que el porteador se eximía de responsabilidad por los daños ocasionados en el equipaje del viajero.

⁵⁴En este sentido, vid. SAP Barcelona 13 julio de 1994 (*R.G.D.*, 1995, p.1056 y ss.) en la que dilucida una cláusula de exoneración de responsabilidad por los daños que se produjeran en los objetos del interior de los vehículos estacionados en determinado aparcamiento.

⁵⁵Entre otras vid., STS 31 mayo 1988 (A.4132): cláusula de exclusión de daños a terceras personas; STS 26 mayo 1989: cláusula de exclusión de daños a familiares; SAP Castellón 23 febrero 1993 (*R.G.D.*, 1993, p.9208): cláusula de no cobertura de los daños producidos en el extranjero; SAP Toledo 19 febrero 1994 (*R.G.D.*, 1994, p.13696 y ss.): cláusula de exclusión de daños ocasionados al cónyuge.

⁵⁶Ejemplos de estas cláusulas: STS 13 junio 1984 (A.3236): cláusula de exoneración en caso de deficiencias en la construcción o montaje (contrato de obra); SAT Palma de Mallorca 14 marzo 1988 (*R.G.D.*, 1989, pp.879-881): cláusula de no responsabilidad en caso de pérdida o sustracción de los cheques de gasolina; SAP Barcelona 24 enero 1991 (*R.G.D.* 6667): cláusula de exoneración en caso de sustracción del vehículo en el aparcamiento; SAP Pamplona 1 octubre 1993 y SAP Madrid 9 octubre 1993: cláusula de exclusión en caso de conducción en estado de embriaguez (contrato de seguro); SAP Córdoba 15 noviembre 1993 (*Ar.Civ.* 2232): cláusula de exoneración por las condiciones, funcionamiento e idoneidad del material (contrato de leasing); SAP Girona 17 noviembre 1994 (*Ar.Civ.* 2260): cláusula de exclusión de la entidad arrendadora en caso de robo o hurto de la embarcación (contrato de amarre).

y fuerza mayor⁵⁷. Es decir, se prevé la posibilidad de modular la diligencia del deudor ya que según lo previsto en la cláusula responderá de acuerdo con una mayor o menor diligencia. Hay que anticipar, en este momento, que las cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad derivada de dolo o culpa grave son nulas, y ello en virtud del artículo 1102 C.c.

- *Cláusulas relacionadas con la conducta dañosa.* Excluyen la responsabilidad dependiendo de cual sea la conducta dañosa (incumplimiento) del deudor. En este sentido podrán excluir la responsabilidad en supuestos de incumplimiento total, parcial o defectuoso de la obligación⁵⁸ o mora del deudor⁵⁹.

2º Cláusulas restrictivas de la obligación indemnizatoria *stricto sensu*: *Cláusulas que afectan al quantum indemnizatorio: cláusulas limitativas y exoneratorias de responsabilidad.* Es común por la doctrina y por la ley -LCU, Ley de productos defectuosos- aludir a dos categorías de cláusulas restrictivas de responsabilidad: las exoneratorias y las limitativas (o limitativas en sentido estricto⁶⁰). En un primer acercamiento, las exoneratorias provocarían la anulación de la responsabilidad, mientras que las limitativas implicarían únicamente una atenuación de la misma.

Esta clasificación está basada, aparentemente, en un criterio cuantitativo o de grado: si la cláusula excluye de forma radical la responsabilidad estaremos ante el aspecto

⁵⁷La SAP Madrid 6 julio 1990 (R.G.D., 1990, p.9145 y ss.) contempla el caso de una cláusula de no responsabilidad en caso fortuito o fuerza mayor en un contrato de estacionamiento de caravana, tipificado como contrato de depósito.

⁵⁸En la SAT Barcelona 17 octubre de 1988 (R.G.D., 1989, p.427 y ss.) se contempla el caso de una cláusula de irresponsabilidad por incumplimiento defectuoso, pactada entre un empresario y la C.N.T.E., en la cual ésta declinaba su responsabilidad para el caso de que el anuncio de las páginas amarillas concertado por el empresario resultase impreso en las páginas con omisiones o errores.

⁵⁹STS 5 de febrero de 1985 (A.532).

⁶⁰Cfr. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op.cit., p.336. La terminología es diversa porque el autor utiliza un concepto de cláusulas limitativas, en sentido amplio, que abarca ambas categorías.

exoneratorio; si se queda a medio camino entre la irresponsabilidad total (permitida) y la responsabilidad plasmada en la ley, nos encontraremos ante las cláusulas limitativas.

Sin embargo, la doctrina, en general, no concibe esta clasificación como una mera cuestión de grado, sino que aluden a una diversidad sustancial entre ambas figuras.

Traemos a colación la diferenciación que efectúa FERRARINI: "*Clausole di esonero sono quelle che attengono ai criteri di ripartizione tra debitore e creditore della sopportazione economica dei danni, che possono insorgere nell'esecuzione del contratto, ai criteri cioè (sostanziali) per stabilire la responsabilità del debitore; clausole limitative sono invece quelle che, sul presupposto di una accertata responsabilità del debitore, mirano a spostare dal debitore medesimo al creditore una parte dell'onere economico dei danni, che in base ai criteri (legali o convenzionali) di ripartizione gravano sul primo, e cioè fissando un limite al debito di responsabilità (al risarcimento) dovuta dal debitore medesimo*"⁶¹.

Así, "los pactos de total irresponsabilidad excluyen preventivamente la resarcibilidad del daño y su relevancia jurídica para el supuesto de que posteriormente se produzca de una manera efectiva. O sea, que antes de haberse realizado y para el caso eventual de que tenga lugar, se conviene que con ellos no se producirá un daño jurídico (resarcible), excluyéndose que produzca responsabilidad (obligación de resarcimiento)"⁶². Mas, con los pactos limitativos de responsabilidad "no se pretende excluir la relevancia jurídica del daño eventual, no se quiere impedir el nacimiento futuro de responsabilidad (o sea, de la obligación de resarcimiento); por cuanto su objeto es simplemente el *quantum* de la responsabilidad, es decir, el montante del daño resarcible; *quantum* y montante que vienen pactados y preventivamente limitados"⁶³.

⁶¹FERRARINI, S., "Nota a la Cass. 12 aprile 1946, n.428", *For. it.*, 1944-46, I, p.693.

⁶²DE CUPIS, A., *El daño*, op.cit., p.517.

⁶³DE CUPIS, A., *El daño*, op.cit., p.517.

La exposición que precede pone de manifiesto la diferencia de contenido entre ambos tipos de cláusulas, diferencia de contenido que no es sino la proyección de restringir más o menos la responsabilidad y que no implica, desde nuestro punto de vista, una desintegración del concepto global de las cláusulas objeto de estudio. Esto es, las discrepancias que puedan existir entre los dos pactos de limitación se traducen en contenidos diversos y efectos, si se quiere, también diversos, pero no entrañan la necesidad de tratarlas separadamente para analizar su principios de validez. Unas y otras son variedades (intensidades) de un concepto único. Evidentemente, esto no impide que, en ocasiones y ante determinados supuestos concretos, se predique la validez de una y la nulidad de la otra, puesto que es obvio que las cláusulas exoneratorias de responsabilidad conllevan, potencialmente, un mayor peligro que las meramente limitativas.

Esta conclusión que, como advierte JORDANO FRAGA, constituye "un lugar común en la doctrina italiana" debido, sobre todo, a la redacción del artículo 1229 del Código civil italiano, unificador, en cuanto a los límites, de ambas figuras⁶⁴, es avalada, asimismo, por un amplio sector doctrinal en nuestro país⁶⁵. Sin embargo, no está exenta de críticas. GONZÁLEZ PORRAS, entre otros⁶⁶, alude a una diferencia de régimen jurídico entre los

⁶⁴Así, BESSONE ("Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza", *Riv.Dir.Comm.*, 1974-I, p.330) señala que si bien resulta apropiada en Derecho marítimo, la distinción entre cláusulas de exoneración (que indican los criterios acordados por las partes para la determinación de la responsabilidad del deudor) y cláusulas limitativas (que apuntan transferir del deudor -responsable- al acreedor una parte de la carga económica de los daños que en base a criterios legales o convencionales de repartición gravan al primero) no tiene gran importancia en el ámbito civilístico, puesto que la norma del artículo 1229 coloca en el mismo plano (en orden a los efectos de la invalidez de las cláusulas) a los pactos de exoneración y a los de limitación de la responsabilidad.

⁶⁵Así, JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, op.cit., p.337; GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.131; YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, Ed. Reus, 1989, p.34 ; DELGADO ECHEVERRÍA, J., en LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho civil*, Barcelona, Ed. Bosch, p.238; PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad contractual*, Barcelona, Ed. Bosch, 1989-1992, T.II, vol.1º, p.300) asegura que se debe optar por la unificación de los límites de validez para ambas figuras aún admitiendo "la diferente funcionalización de los pactos y heterogeneidad de sus efectos".

⁶⁶Principalmente nos referimos a DÍAZ ALABART ("Comentario al artículo 1103", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op.cit., T.XV, vol.1º, p.579), quien se pronuncia en el mismo sentido considerando más adecuado "tratarlas [a las cláusulas exoneratorias y limitativas]

pactos limitativos y exoneratorios como reflejo del cumplimiento de dos funciones completamente distintas. Propone, entonces, límites de validez "bien distintos" para unas y otras, que se traducen en un sistema mucho más estricto para el caso de que la restricción sea total, ya que parte de la premisa de que tratándose de limitaciones "no hay lugar a poder hablar de dolo o culpa grave"⁶⁷.

Independientemente de que no se comparta el planteamiento del autor citado, hay que advertir de las consecuencias que acarrearía el hecho de llevarlo a la práctica. La configuración de regímenes jurídicos diversos, cuya finalidad implícita es conceder un trato de favor a las cláusulas limitativas, provocaría una clara injusticia de resultado cuando, tras la apariencia de un pacto limitativo del *quantum* de la responsabilidad, el montante indemnizatorio se redujese de forma tal que prácticamente supusiera una exoneración encubierta. Este peligro, del que se hace cargo el propio GONZÁLEZ PORRAS, se reduciría al mínimo si se aplican a los dos tipos de pactos idénticos límites.

2.2. Cláusulas indirectamente restrictivas de la responsabilidad

1º Cláusulas que modifican las condiciones procesales de la acción indemnizatoria.

Implican el sometimiento del acreedor a una serie de exigencias que acarrearán, en última instancia, reclamaciones más gravosas y, en general, la reducción en la frecuencia de los recursos. Ejemplos de ellas son los pactos de sumisión a fuero determinado, las cláusulas de inversión de la carga de la prueba, el establecimiento de plazos más cortos para reclamar⁶⁸, la preceptiva reclamación escrita anterior a la demanda⁶⁹, o el reenvío de la

separadamente y después ver si de verdad obedecen a idénticos principios".

⁶⁷GONZÁLEZ PORRAS, J.M., "Modificaciones convencionales a la responsabilidad del porteador", *R.D.M.*, 1978, p.513.

⁶⁸Así la cláusula 9º de un contrato de transportes urgente (SEUR) establece que "Los plazos para efectuar la reclamación por daños en la mercancía serán de 24 horas desde la entrega si los daños no son apreciables exteriormente o en el mismo acto de la entrega, y precisamente en el documento contractual, si se pueden apreciar exteriormente. Las acciones derivadas del contrato de transporte

mercancía defectuosa al lugar de origen, entre otras. La importancia de algunas de ellas y, sobre todo, su utilización ordinaria en ciertos contratos, merece un tratamiento separado.

- Cláusulas de sumisión a fuero determinado

A la competencia territorial de los órganos judiciales, entendida como aquélla que determina cuál de entre los distintos jueces del mismo grado debe conocer un determinado litigio en función de unas reglas de atribución denominadas fueros⁷⁰, se le asigna la nota

prescriben al año". Se reducen extraordinariamente no sólo los plazos para efectuar la reclamación sino también el plazo de prescripción de las acciones derivadas del contrato. Caso similar es el de la STS 24 enero 1986 (A.407) en la que se dilucida la validez de una cláusula en la que las se modifica el plazo para exigir responsabilidad al porteador de acuerdo con la Ley de Transporte Marítimo, cláusula que se considera plenamente válida al comprobar la voluntad concorde de las partes en torno a tal modificación, que por otra parte está dentro de la esfera de autonomía privada de los contratantes.

⁶⁹En este sentido, la SAP Asturias de 29 octubre 1993 (Ar.Civ.2013) declaró ineficaz por ser exoneradora de la responsabilidad la cláusula que establecía textualmente que "*en caso de pérdida o sustracción el titular lo comunicará de forma fehaciente e inmediata a Caesser. En todo caso, y dado el tiempo que se hace necesario para poner en conocimiento de toda la cadena la anterior circunstancia, el titular responde de los suministros y servicios que puedan obtenerse con dicha tarjeta urante los 20 días siguientes a la recepción por Caesser de la notificación de pérdida o sustracción*". En la sentencia se declara que "la existencia de avanzados medios tecnológicos de comunicación hacen irrazonable por desproporcionada la previsión exonerativa que se contiene en el contrato [...]". Sin embargo, con anterioridad, la SAP Barcelona de 14 de mayo de 1993 establecía la validez de una cláusula similar porque "la indicada condición general no implica una cláusula exonerativa de la responsabilidad del establecimiento emisor, sino liberativa del riesgo derivado de la pérdida o sustracción de la tarjeta que podría surgir del uso indebido del título crediticio para el titular del mismo, por la simple comunicación al centro emisor de dichas contingencias" (F.J.5º).

En el ámbito de la contratación turística son también comunes las cláusulas que exigen algún tipo de notificación o reclamación anterior a la presentación de la demanda so pena de provocar un cambio en la posición que legalmente pudiera detentar el consumidor. Así, una cláusula de un folleto de viajes (Soltour) señala que "cuando el consumidor aprecie in situ la no ejecución o mala ejecución de los servicios contratados integrantes del viaje deberá notificarlo inmediatamente al prestador de los mismos, y en el plazo de 48 horas a la Agencia organizadora, a fin de que ésta tome las medidas pertinentes. La no realización de la comunicación a la Agencia organizadora supondrá que sea el consumidor quien deba probar el incumplimiento en la ejecución del contrato ante la organizadora o la Dirección general de Turismo competente". En este caso el efecto de la no notificación no determina la irresponsabilidad de la organizadora pero sí implica la inversión de la carga probatoria, en contra del consumidor.

⁷⁰Cfr. MONTERO AROCA; ORTELL RAMOS; GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, 3ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1993, T.I, p.333.

de la prorrogabilidad o disponibilidad. En otros términos, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan qué juez debe ser competente por razón del territorio (art.56) se subordinan al hecho de que las partes no hubieran manifestado, antes o durante el proceso, su voluntad de someter a otro órgano judicial el conocimiento del asunto.

La manifestación expresa de este extremo por medio de un pacto o contrato⁷¹ realizada antes de la iniciación del proceso, recibe el nombre de sumisión expresa y es definida en el artículo 57 de la LEC: "*se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión al juez a quien se sometieren*".

Por consiguiente, los pactos de sumisión expresa son perfectamente lícitos -a la vista del carácter dispositivo de la competencia territorial, cuestión que ha suscitado no pocas críticas⁷²- siempre que cumplan los requisitos que el artículo 57 LEC prescribe, esto es, siempre que se establezcan "de manera clara, precisa, explícita y de modo bilateral, estando suscritas por quien renuncia a su fuero propio y designando al juez a quien se sometiere"⁷³.

A pesar de su licitud, y dado el abuso del que han sido objeto, tanto la jurisprudencia como el propio legislador las han contemplado en ocasiones con recelo, debido a la

⁷¹Es discutida la naturaleza procesal o extraprocesal de estos pactos. Mientras que algunos autores se inclinan a tratarlos como acuerdos procesales, aunque no puros, "porque sus sujetos, objeto, contenido y efectos nada indican sino en función de un proceso" (PELÁEZ DEL ROSAL, M., *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa*, Barcelona, 1974, p.174), otros (DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M.A., *Derecho procesal civil*, 4ª ed., Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, T.I, p.379. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V. y GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal. Proceso civil*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1993, p.49) los califican como "pactos extraprocesales".

⁷²Entre otros, DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ (*Derecho procesal civil*, op.cit., p.361) han señalado que "podría decirse que la prorrogabilidad de la competencia territorial conlleva cierto arcaísmo en la concepción del proceso". Tal entender se refleja asimismo en viejos pronunciamientos jurisprudenciales. La STS 5 de noviembre 1966 señalaba ya que "no puede dejarse la determinación de la competencia al arbitrio de una de las partes".

⁷³STS 18 de junio de 1990 (A.4764). En el mismo sentido, STS 23 de octubre de 1984 (A.4973), STS 21 de enero de 1987 (A.307) y STS 31 de abril de 1991, entre otras.

indefensión que pueden acarrear para el contratante (débil). Prueba de ello es la reforma que sobre esta materia llevó a cabo la Ley 10/92 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal que restringe el ámbito del artículo 57 en determinados procesos⁷⁴ y cuya Exposición de Motivos reconoce que los pactos sobre sumisión "perjudican generalmente al contratante más débil [...] en razón del único e inaceptable criterio de la comodidad de una de las partes".

Pero ha sido la jurisprudencia quien ha llegado más lejos a la hora de regular el abuso de los pactos de sumisión, sobre todo cuando éstos se hallan insertos en condiciones generales de contratación. La imposición, de *facto*, al consumidor de un fuero diferente al que le correspondería de aplicar las reglas generales y que, por otra parte, coincide generalmente con el domicilio del predisponente, podría colocar a aquél en una situación muy próxima a la indefensión. Lo gravoso que puede resultar litigar fuera de su domicilio, no sólo por el coste económico sino por la incomodidad que conlleva, determinaría en muchos supuestos la no reclamación por parte del consumidor con la consiguiente exoneración del empresario⁷⁵. La conexión entre los pactos de sumisión expresa y las cláusulas de

⁷⁴De este modo, la nueva redacción que se da al artículo 1439 de la LEC suprime la posibilidad de la sumisión expresa en el juicio ejecutivo -la sumisión tácita ya había sido vetada por la Ley 34/84 de 6 de agosto-. Lo mismo ocurre en los juicios verbales: el artículo 717 determina la no aplicabilidad de las reglas sobre sumisión expresa o tácita. Por su parte, la Ley 10/92 limitó también de forma considerable el juego de la sumisión expresa en los juicios de cognición (art.32 del Decreto de 21 de noviembre de 1952). Pero además de estas restricciones, existen otras que conciernen a procesos especiales; en los procesos arrendaticios urbanos no están permitidas la sumisión expresa ni la tácita (art.38 de la Ley 29/94 de 24 de noviembre) y la Ley de venta a plazos de bienes muebles de 17 de julio de 1965 considera nulos los pactos de sumisión expresa a un fuero determinado. Aunque parece que late en la reforma la idea de la protección del contratante débil, tal y como señala su Exposición de Motivos (vid. texto), RAMOS MÉNDEZ ("Competencia territorial y cuestiones de competencia", en AA.VV., *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/92 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*, coord. por J. Montero Aroca, Madrid, Ed. Civitas, 1993, p.76) no es de la misma opinión: Vaya por delante no obstante una observación sobre el fino olfato de la reforma: la norma de competencia territorial instaurada se establece en beneficio del deudor, es decir, del consumidor que no cumple, del moroso. Todo ello para que quede claro cuáles son los valores e intereses dignos de tutela en los tiempos que corren".

⁷⁵Como señala DÍAZ ALABART ("Comentario al art.10.1.c)", en AA.VV., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por J.SALAS y R.BERCOVITZ. Madrid, Ed. Civitas, 1992, p.269) la indefensión a la que conducen estas cláusulas se acentúa por la naturaleza de las reclamaciones del consumidor: "las más de las veces no serán de cuantía elevada y carece de estructura técnica para pleitear". Estas circunstancias unidas "al hecho de haberse sometido a una competencia extraña le dificultará tanto reclamar sus derechos, que en

irresponsabilidad no es muy difícil de imaginar.

Ante la inexistencia de una norma prohibitiva al respecto, la represión jurisprudencial de estas cláusulas se efectúa bajo su consideración como cláusula abusiva "por cuanto es una cláusula redactada previamente, que no se ha negociado individualmente y sobre cuyo contenido el consumidor no ha podido influir"⁷⁶, concluyendo que "este tipo de cláusulas sumisorias [...] no tiene para la determinación de la competencia el valor que el artículo 57 LEC concede a dichas sumisiones"⁷⁷. Si bien esta es la postura que nos parece más adecuada⁷⁸, no faltan pronunciamientos que apoyen la total validez de las cláusulas de sumisión, con el argumento de que "no es posible entender que el mero hecho de que esa cláusula esté inmersa en un contrato [...] de adhesión, sea susceptible de provocar la nulidad

muchos casos le hará desistir de hacerlo, produciéndose así un suerte de indefensión".

⁷⁶STS 20 de julio de 1994 (A.6518). La STS 12 de julio de 1996 (A.5580) habla ya de una "nueva orientación jurisprudencial" que considere los pactos de sumisión como cláusulas abusivas, orientaciones eguida por la STS 1 de febrero de 1997 (*La Ley*, 4 de marzo 1997, ref.1568), en donde se equiparan ambos conceptos -cláusulas de sumisión expresa en contratos de adhesión con cláusulas abusivas-, en atención al desequilibrio que originan para los usuarios. Muchas sentencias de las Audiencias se han sumado a esta tendencia. La SAP de Madrid de 7 junio 1994 (*Ar.Civ.1155*) es buena muestra de ello al declarar nula una cláusula de un billete de avión en la cual se señalaba que "*Para el ejercicio de las acciones derivadas del presente contrato de transporte, ambas partes se someten a la Jurisdicción de los Tribunales de Madrid, con renuncia expresa a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles*", alegando que tal cláusula, a pesar de tener el amparo del art. 56 L.E.C. que permite los pactos de sumisión en el ámbito de la competencia territorial, choca con las exigencias del art. 10.1ºc)3º de la LCU, vulnerando la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones en la contratación, ya que "con la sumisión a Madrid el demandado se coloca en una posición prepotente que dificulta, encarece y en definitiva, disuade de ejercutar las acciones de reclamación a los usuarios que contraten los servicios de transporte en lugares distintos a la capital de nuestra nación". En el mismo sentido, SAP de Huesca de 19 de mayo de 1993 (*Ar.Civ.976*), SAP de Toledo de 21 de febrero de 1994 (*Ar.Civ.351*), la cual llega a denominar a estas cláusulas como "cláusulas de comodidad territorial".

⁷⁷STS 23 de julio de 1993 (A.6476).

⁷⁸Esta es la opción que ha seguido también el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de diciembre de 1996 que, siguiendo a la Directiva CEE de 1993 sobre cláusulas abusivas, ha reputado abusiva, y por tanto nula, "*la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar de cumplimiento de la obligación o aquél en el que se encuentre si el bien fuera inmueble [...]*" (cláusula nº24 del proyectado artículo 10 bis de la LGDCU).

de dicha cláusula⁷⁹.

En definitiva, el riesgo -suprimir u obstaculizar las acciones de responsabilidad- que pueden entrañar los pactos de sumisión a un fuero diverso del previsto en la Ley, cuando están previstos en contratos de adhesión o en otros en los que exista un interés especialmente protegido, para los contratantes débiles en tales contratos, ha determinado un mayor rigor en el laxo juicio que se les venía efectuando⁸⁰.

- Cláusulas de modificación de la carga de la prueba

El régimen de la prueba está regulado de forma general en el artículo 1214 del Código civil: *"Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción a quien la opone"*. De este modo, nuestro Código soluciona el problema de la carga de la prueba, si bien, como han señalado algunos autores, de modo incompleto y

⁷⁹STS 22 julio 1992 (A.6449), F.J.2º. En el mismo sentido, STS 31 de mayo de 1991 (A.3955). Ambas sentencias son comentadas por TORRES LANA ("Prórroga de fuero y protección de los consumidores en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Aranzadi Civil*, nº10, 1995, p.19 y ss.), quien pone de manifiesto la inseguridad en la jurisprudencia acerca de la calificación de estas cláusulas de sumisión, que puede ser atribuida "a la falta de inclusión de este tipo de cláusulas en el art.10 de la LCU". "La cuestión, con ello, queda privada del grado de automatismo y generalización inherente a la previsión legal y su solución se desplaza hacia la sede de la calificación, más insegura y casuista -en cuanto que se ciñe tan sólo a los litigios en que el tema haya sido planteado y carece de alcance general-".

⁸⁰Se llega a hablar de "tendencia jurisprudencial que pretende modificar la tradicional naturaleza dispositiva de los fueros del art.63 LEC", provocada a su vez por la "acusada tendencia legislativa a convertir en imperativa la competencia territorial". (FONT SERRA, E., *La competencia territorial en el proceso civil. Tratamiento procesal y jurisprudencial*, Barcelona, Ed. Cedecs, 1996, p.54). Ejemplo de esta actitud jurisprudencial es la STS 22 de octubre de 1993 (*La Ley*, ref.13521) que se inclina a interpretar los fueros del art.63 como de "ius cogens" y de "orden público procesal", interpretación que haría decaer la posibilidad de los fueros convencionales y que fundamenta en las nuevas circunstancias sociales: la constatación de las cláusulas abusivas en la contratación y la restricción operada por la Ley 10/92 de MURP. Este pronunciamiento es criticado por FONT SERRA (*La competencia territorial...*, op.cit., p.60) debido a la generalización que establece: "Aun admitiendo que existe la sensibilidad social aludida en la sentencia frente a las cláusulas abusivas de contratación, esta sensibilidad justificará que puedan considerarse nulas las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos de adhesión, pero no que se interprete que el art.63 excluye tanto la sumisión expresa como la tácita".

defectuoso⁸¹.

No es ahora el momento de entrar en consideraciones sobre la disciplina de la prueba en el proceso civil. Nuestro objetivo es acercarnos a los denominados pactos de inversión de la carga de la prueba, que instauran la "posibilidad de una especificación de la norma abstracta y general de la carga de la prueba de manera diversa a la establecida por la ley"⁸².

Estas convenciones probatorias⁸³ implican excepciones a la regla general del artículo 1214 C.c. que emanan de la propia voluntad de las partes, excepciones que, como observa CORTÉS DOMÍNGUEZ, no afectan al principio general de distribución de la carga de la prueba -que es de orden público y está fuera del poder de autonomía de las partes- sino a la manera de concretarlo o rellenarlo⁸⁴. De este modo, la capacidad de las partes para modificar el régimen de la prueba se reduce a su perspectiva material o sustancial, en otras palabras, se confina al "contenido concreto de la regla de juicio y, por tanto, al contenido concreto de la actividad tendente a probar sus hechos fundamentales"⁸⁵. En definitiva, la inversión convencional de la carga de la prueba se definiría como "una excepción completa a las reglas o criterios generales sobre la distribución del *onus probandi*"⁸⁶.

⁸¹Cfr. ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de Derecho Procesal*, Madrid, Ed. Trivium, 1993, T.I, p.323. Literalmente señalan: "Es defectuoso, pues se refiere sólo a la prueba de las obligaciones cuando la verdad es que regula la carga de toda la prueba en todo tipo de procesos. Y, es incompleto, pues se refiere sólo a los hechos constitutivos de la obligación que se reclama su cumplimiento y a los hechos extintivos, cuando en el proceso hay, además, hechos impositivos y modificativos que pueden y deben ser probados".

⁸²CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba", *R.D.Pr.*, 1972, p.592.

⁸³Otros pactos probatorios harían referencia a limitar o ampliar los medios de prueba; a limitaciones en cuanto a la valoración de la prueba o a la disponibilidad de ciertas pruebas. Acerca de ellos y de su admisibilidad, vid. PRIETO CASTRO, L., "Pactos sobre prueba", en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, Ed. R.D.P., 1964, p.263 y ss.

⁸⁴CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Comentario al art.1214", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1991, T.II, p.323.

⁸⁵CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Algunos aspectos sobre...", op.cit., p.591.

⁸⁶DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M.A., *Derecho procesal. Civil.*, op.cit., T.II, p.325.

A poco que pensemos es fácil imaginar las ventajas que pueden entrañar las inversiones de la carga de la prueba para la parte que queda exonerada de una prueba que, con el juego de las reglas generales, le correspondería. Como señala SERRA⁸⁷, "habida cuenta de la extraordinaria importancia de la distribución de la carga de la prueba en la efectiva aplicación del derecho, una admisión amplia de los pactos sobre la carga de la prueba podría conducir a un notorio desequilibrio entre las partes contratantes", que, en última instancia, añadimos nosotros, derivaría, por ejemplo, en la exclusión de la responsabilidad de la parte beneficiada por el pacto ante la imposibilidad de la otra de probar la concurrencia de negligencia. Es por esta razón por la cual se han considerado por algunos autores como modalidades -indirectas- de exoneración de responsabilidad⁸⁸ (incluso, en

⁸⁷SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Comentario al artículo 1214", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op.cit., T.XVI, vol.2º, p.73.

⁸⁸En este sentido, BÉNABENT (*Droit civil. Les obligations*, 4ªed., París, Ed. Montchrestien, 1994, p.202) las ha incluido sistemáticamente entre las "*clauses relatives aux conditions de la responsabilité*", haciéndolas participar, de este modo, de los límites que impone para éstas. Así, las partes pueden pactar sobre las condiciones de la carga de la prueba, con el fin de precisar si entienden que la obligación asumida es de medios o de resultado. Tales pactos son válidos, siempre que no recaigan en obligaciones de seguridad, relativas a la persona, ya que estas obligaciones son de orden público y no pueden ser reducidas por convención. Sin embargo, continúa BENABENT, las partes pueden prever los medios de prueba que deben ser utilizados eventualmente para que entre en juego la responsabilidad contractual, salvo se fijen reglas tan severas que hagan prácticamente imposible la prueba de la culpa contractual. También GARCÍA AMIGO (*Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.128) incluye en su clasificación de las cláusulas limitativas de la responsabilidad un apartado dedicado a las "Cláusulas limitativas de la responsabilidad [que afectan] a la carga de la prueba", subdividido en: "a) Estableciendo presunciones de fortuito a favor del deudor" y "b) Poniendo directamente la carga de la prueba sobre la otra parte". DÍAZ ALABART ("Comentario al art.10.1.c)", op.cit., p.299) es de la misma opinión: "resultan [los pactos de inversión de la carga de la prueba] claramente abusivos en la contratación en masa, pues pueden llevar al consumidor a una situación de indefensión, produciendo por vía indirecta los mismo efectos que una exención de responsabilidad". Desde la doctrina procesalista, CORTÉS ("Algunos aspectos sobre la inversión...", op.cit., p.618) incide en la misma idea al tratar la inversión convencional de la carga de la prueba en el transporte marítimo -no ya en contratos de adhesión-: "hay que tener en cuenta que si bien la exoneración de prueba no supone necesariamente la exoneración de responsabilidad, puede suponerla, y en este caso un endurecimiento de la prueba que dé lugar a la imposibilidad de probar la culpa grave o el dolo del porteador (por parte del cargador) tiene las mismas consecuencias que la exoneración de responsabilidad por estas circunstancias".

ocasiones, se han confundido con ellas⁸⁹).

No obstante, los pactos de modificación de la carga de la prueba, a pesar de alguna resolución jurisprudencial que niega su viabilidad⁹⁰, gozan de un régimen más permisivo que las cláusulas de irresponsabilidad. Muestra de ello es su tratamiento jurídico en el Derecho bancario⁹¹ y en el transporte marítimo, campos tradicionalmente proclives a su

⁸⁹Que los lindes entre las cláusulas exoneratorias de responsabilidad y las inversiones de la carga de la prueba son bastante confusos lo prueba el hecho de que las cláusulas de exoneración de la responsabilidad en la jurisprudencia francesa fueron consideradas en un principio como cláusulas que únicamente producían la inversión de la carga probatoria. Sobre este particular, vid. infra, capítulo 1º, parte IV.

⁹⁰Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1941 (A.1085) se pronuncia en contra de las inversiones convencionales de la carga de la prueba en base a que "cohibe[n] la actividad judicial, que ha de ejercitarse con arreglo a las normas legales y según los principios rectores de un determinado sistema procesal y no según la voluntad de las partes". El rechazo a los pactos probatorios que palpita en esta sentencia es compartido, asimismo, por algún autor del momento. PRIETO CASTRO ("Pactos sobre prueba", op.cit., p.270) señala, comentando los pactos referentes a la limitación de los medios de prueba, que "estos convenios constituyen, a nuestro juicio, una superestructura jurídica, una competencia privada al orden jurídico público, un "mercado negro probatorio" que no es admisible" [...] "El pacto probatorio es una mediatización de la Justicia [...]; ni siquiera una razón de economía o de seguridad inicial lo justifican, porque el precio puede ser la frustración de la Justicia".

⁹¹En determinados contratos bancarios es muy frecuente atribuir a las certificaciones emitidas por la entidad bancaria correspondiente un valor probatorio privilegiado ante una eventual reclamación. En este sentido, los denominados *pactos de liquidez* del artículo 1435 LEC, "cláusulas por cuya virtud la liquidación del crédito practicada por la entidad bancaria haría fe en juicio y a ella se sometería desde luego el deudor, considerándose líquida la cantidad que resultase" (NIETO CAROL, U., "Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios", A.C., nº2, 1993, p.39), podrían finalmente implicar una inversión de la carga de la prueba para el usuario. Debido a tal efecto, que implicaría a la postre la imposición de condiciones muy gravosas para el usuario del servicio bancario han sido, tales pactos, el centro de una intensa polémica doctrinal, en la que muchos autores los declaraban nulos de plenos derecho "por contravenir los artículos 1214 y 1228 del Código civil en relación con el artículo 31 del Código de comercio, así como por instaurar la arbitrariedad proscrita en artículo 1256 C.c." (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el servicio de reclamaciones del Banco de España", en AA.VV. *Contratos bancarios*, dir. por García Villaverde y Bonandell Lenzano, Madrid, Ed. Civitas, 1992, p.940). Su validez fue, sin embargo, respaldada por el propio Tribunal Constitucional, en sentencia de 10 de febrero de 1992, que declaró la constitucionalidad del artículo 1435 LEC en base a que "la norma cuestionada no consagra un privilegio probatorio en favor de las entidades de crédito que contraría al art.14 CE, pues no invierte la carga de la prueba, ni otorga a la contabilidad de las mismas el carácter de documento público. Y tampoco priva al deudor de un proceso con todas las garantías

utilización. Así, en el último de ellos, mientras que la Ley de Transporte Marítimo de 1949 en su artículo 10, que será objeto de análisis más adelante, prohíbe tajantemente las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad, las cláusulas de inversión de la carga de la prueba son perfectamente lícitas y empleadas con enorme frecuencia en los conocimientos de embarque. Acerca de las cláusulas "*ignoro peso, contenido...*" existe un cuerpo jurisprudencial de gran calibre que ha coincidido en otorgarles total validez, precisamente, "porque no son exoneratorias de la responsabilidad del porteador, pues contra su contenido cabe la prueba en todo caso"⁹².

Cierto es que la exoneración de la carga de la prueba o su inversión no implica en todo caso la exoneración de la responsabilidad. Son dos fenómenos distintos. Pero no es menos cierto, tampoco, que la facilita en gran medida porque se dificulta seriamente la prueba⁹³. Por consiguiente, no exageramos al afirmar que los efectos de ambas convenciones pueden ser similares, principalmente en el ámbito de los contratos de adhesión, ámbito en el cual se acentúan los efectos limitadores de las inversiones probatorias⁹⁴.

El legislador español no ha ignorado esta perspectiva. Así, y ante la carencia de una norma de carácter general que regule estos pactos⁹⁵, ha incorporado en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios una regla que prohíbe, en el terreno de la contratación mediante condiciones generales, la inserción de cláusulas que inviertan la carga

probatorias ni lo sume en indefensión por exigirle una pretendida prueba diabólica o imposible, lo que si ocurriera sería sin duda contrario a los apartados 1 y 2 del art. 24 CE" (F.J.3º).

⁹²STS 10 de diciembre de 1949 (Rep.Jur.1652). En el mismo sentido, STS 13 de junio de 1949 (Rep. Jur.724), STS 31 de marzo de 1955 (A.1540), STS 22 de octubre 1957 (A.3389) y la más reciente STS 15 de diciembre 1990 (A.10072).

⁹³Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Algunos aspectos sobre...", op.cit., p.617.

⁹⁴Cfr. DÍAZ ALABART, S., "Comentario al artículo 10.1c)", op.cit., p.299.

⁹⁵Por contrario, el Código civil italiano posee una norma que regula de forma general los pactos sobre prueba: su artículo 2698, que señala "*Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto*".

de la prueba "en perjuicio del consumidor o usuario" (art. 10.1c)8º)⁹⁶.

2º Cláusulas de renuncia de la solidaridad (en la obligación resarcitoria)

De acuerdo con el artículo 1255, es perfectamente factible renunciar al beneficio de la solidaridad, cuestión que implica la conversión del deudor solidario en mancomunado "por la parte de la deuda que le corresponde en la división interna"⁹⁷. Mas esta renuncia puede encubrir, en cierta medida, exclusiones de responsabilidad, ya que el acreedor verá reducida la posibilidad de satisfacción de su crédito: los deudores, en principio solidarios, pasan a convertirse en mancomunados, y, por consiguiente, dejan de responder todos por el total de la deuda (con la ventaja que supone esto para el acreedor), aunque cada uno lo hará por su parte.

Ello ha supuesto que los Tribunales hayan extremado las cautelas, como ha puesto de relieve FONTAINE⁹⁸, sobre todo en materias especialmente sensibles a su proliferación, como en el ámbito de la contratación con consumidores. Es digna de mención, en este sentido, la STS de 20 octubre 1990⁹⁹ que, acerca de las eventuales renunciaciones a la solidaridad

⁹⁶La regla de la Ley del consumidor está en consonancia, asimismo, con lo propuesto en la Directiva de la CEE sobre cláusulas abusivas de 1993, cuya letra q del Anexo considera abusivo "*suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje[...], limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a la otra parte contratante*". Precisamente por ello el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de 1996 -dentro de la proyectada reforma del artículo 10 de la LCU- considera abusiva, y por tanto nula de pleno derecho, "*la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor*" (cláusula 22ª del artículo 10 bis).

⁹⁷STS 10 de julio 1992 (A.6278). Esta sentencia, comentada por EGUSQUIZA BALMADEA ("La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial", *Ar. Civ.*, nº12, 1994, p.26) precisa, a su vez, que respecto a los demás deudores se mantienen la solidaridad, y ello "sin perjuicio de que se continúe en el orden interno el vínculo solidario del excluido derivado de la insolvencia de sus compañeros e incluso de la de uno de ellos dado que los codeudores no han prestado su consentimiento a la renuncia y pueden verse perjudicados por ella".

⁹⁸FONTAINE, M., "Observations sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires...*, op.cit., p.281.

⁹⁹STS 20 de octubre de 1990 (A.8028). F.J.1º.

consagrada en el art.27 LCU, señala: "También es cierto que la libertad de pacto plasmada en el artículo 1255 del C.c., permite al acreedor renunciar al beneficio de la solidaridad establecido a su favor, liberando a uno de los deudores, pero no es menos cierto que esa renuncia de derechos ha de ser precisa, clara y terminante, sin que sea lícito deducirla de expresiones equívocas o de actos de dudosa significación [...]".

3º Cláusulas que afectan al aspecto patrimonial o de garantía de la obligación

No podíamos ignorar la perspectiva patrimonial o garantística de la responsabilidad, porque respecto de ella es posible asimismo hablar de limitaciones convencionales, las cuales si bien antes afectaban a la relación acreedor-deudor, interfiriendo en ella para limitar o excluir la responsabilidad personal del deudor, ahora actúan sobre los bienes de este último que sirven como garantía en caso de incumplimiento de las obligaciones.

Así, la constatación de la existencia de las también denominadas cláusulas de inembargabilidad, definidas por NICOLÓ como aquéllas por las que una cierta categoría de bienes pertenecientes al deudor se sustraen de la acción ejecutiva de todos o alguno de los acreedores¹⁰⁰, sugiere que nos detengamos en el análisis de las limitaciones convencionales de la responsabilidad patrimonial, con especial atención a su validez, desde el momento en que se comprueba que nuestro ordenamiento jurídico no da una respuesta a la cuestión.

El artículo 1911 del Código civil establece el principio de la sujeción de todos los bienes -presentes y futuros- del deudor a la acción de los acreedores en caso de incumplimiento de las obligaciones. El patrimonio del deudor, el detentado no sólo al tiempo de constituirse la obligación sino en el momento en que la responsabilidad se haga efectiva, se convierte en la garantía de las deudas que contraiga. Se configura, entonces, la responsabilidad patrimonial como universal, en el sentido de que abarca todo el patrimonio del deudor sin tener en cuenta cuáles son los bienes que lo integran. Pero, ¿es asimismo una

¹⁰⁰Cfr. NICOLÓ, R., "Commentario all'art. 2740", en *Commentario del Codice Civile (Libro IV. Tutela dei diritti)*, a cura di Scialoja e Branca, 2ªed., Bologna-Roma, Nicola Zarichelli Ed.-Soc. Ed. del Foro Italiano, 1955, p.12.

responsabilidad ilimitada? O, en otras palabras, ¿sería factible la limitación de la responsabilidad del artículo 1911?

En este sentido, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU han precisado que el artículo 1911 C.c. "determina las cosas sobre las cuales se hará efectiva la responsabilidad -el patrimonio del deudor-, pero no afirma la ilimitabilidad del *quantum exigible*"¹⁰¹. HERNÁNDEZ GIL, por su parte, reconoce que "en general la deuda lleva aparejada esa responsabilidad universal, pero es posible una limitación de la misma"¹⁰².

Es oportuno indicar también que el propio ordenamiento jurídico ha previsto limitaciones de la responsabilidad patrimonial en determinados supuestos. Entre otros, el artículo 1439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil configura como inembargables algunos bienes del deudor y el artículo 1023 del Código civil excepciona del principio del 1911 la herencia aceptada a beneficio de inventario.

Otra cuestión sería la viabilidad de pactos dirigidos a limitar la responsabilidad universal del deudor con respecto al otro contratante. Con referencia a ellos, la ley consagra la validez de estas convenciones en supuestos tasados, ofreciendo a las partes la posibilidad de restringir la garantía patrimonial. El ejemplo más claro¹⁰³ viene de la mano del artículo 140 de la Ley Hipotecaria¹⁰⁴ que consagra la denominada hipoteca de responsabilidad

¹⁰¹ROCA SASTRE, R.M. y PUIG BRUTAU, J., "El principio de la responsabilidad patrimonial universal", en ROCA SASTRE, R., *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1948, T.I, p.168.

¹⁰²HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Uniersitarios Ramón Areces, 1983, p.86.

¹⁰³Otro supuesto de limitación convencional de la responsabilidad patrimonial es el artículo 1807 del Código civil, que admite la sustracción de determinados bienes al deudor cuando señala que "*El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista*".

¹⁰⁴"No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.

En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo

limitada¹⁰⁵. Esta norma permite "el pacto entre vendedor y comprador por el cual este último concreta la responsabilidad personal al importe de la obligación asegurada"¹⁰⁶, lo cual lleva a la consecuencia de que se responda sólo con el bien hipotecado¹⁰⁷.

Así las cosas, nada obsta para declarar plenamente eficaces las cláusulas de limitación de la responsabilidad patrimonial en tales supuestos. Pero, *quid iuris* cuando no exista previsión normativa al respecto?

La cuestión se plantea controvertida¹⁰⁸. La efectiva existencia de normas permisivas

hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor [...]".

¹⁰⁵Sobre el pacto de limitación o de concreción de la responsabilidad en la hipoteca y su fundamento, vid. MARÍN PÉREZ, P., "La hipoteca de responsabilidad limitada", *R.G.L.J.*, 1945-II, p.422 y ss.; NIN ABARCA, M., "La hipoteca de responsabilidad limitada", *R.C.D.I.*, 1947, p.292 y ss.; ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., "La responsabilidad patrimonial universal. Aspectos de la limitación permitida por el art.140 de la Ley Hipotecaria", *R.D.N.*, 1958, p.91 y ss.; ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, 7ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1979, T.IV-2º, p.392 y ss. Más recientemente, vid. CECCHINI ROSELL, X., *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.

¹⁰⁶CHICO Y ORTIZ, J.M., *Estudios de Derecho hipotecario*, 2ªed., Madrid, Ed. Marcial Pons, 1989, T.II, p.1476.

¹⁰⁷Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, op.cit., 1989, T.III, vol.2º, p.

¹⁰⁸La perspectiva del Derecho comparado nos procura la exposición de dos soluciones legales diferentes adoptadas en dos países de nuestro entorno. En primer lugar, el Código civil portugués ha optado por relativizar, hasta cierto punto, la universalidad de la responsabilidad patrimonial, al prescribir en su artículo 602º que "*Salvo quando se trate de matéria subtraída á disponibilidade das partes, é possível, por convenção entre elas, limitar a responsabilidade do devedor a alguns dos seus bens no caso de a obrigação não ser voluntariamente cumprida*". Como explica ANTUNES VARELA (*Das obrigações em geral*, Coimbra, Ed. Almedina, 1991, T.II, p.423 y ss.) tal decisión se fundamentaría, en la consideración de que el principio de la responsabilidad universal, positivizado en el art.601º en términos similares a los de nuestro 1911, no llega al punto de constituir una exigencia de interés y orden público, por lo que se trata de un principio susceptible de limitaciones. Sin embargo, tales limitaciones convencionales para ser válidas deben, además de incidir en obligaciones disponibles, corresponder a un interés serio y justificado de las partes.

La opción portuguesa contrasta con la adoptada por el nuevo *Codice civile* italiano, que añadió al antiguo artículo 2740 -redactado de forma casi idéntica al 1911 C.c.- un segundo párrafo en estos términos: "*Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge*". La rotundidad de las palabras del legislador ha supuesto casi la unanimidad doctrinal acerca de la no validez de los pactos entre deudor y acreedor que limiten la garantía patrimonial, fuera de los casos

de las limitaciones convencionales de la responsabilidad patrimonial podría llevar a deducir la implícita condena de nuestro ordenamiento jurídico a excluir determinados bienes de la universal responsabilidad que proclama el artículo 1911, de acuerdo con el argumento *inclusius unius exclusius alterius*. Pero esta interpretación puede no conducirnos a la solución correcta ya que, como señala GULLÓN, "el legislador no es siempre lógico y coherente"¹⁰⁹. Además, la inexistencia de una prohibición general y taxativa al respecto junto con la indiscutible vigencia del principio de autonomía de la voluntad, nos hace, a nuestro juicio, derivar en el argumento contrario: la posibilidad de que las partes, dentro de ciertos límites, dispongan de las consecuencias de la responsabilidad patrimonial¹¹⁰.

Lo precedente justificaría, a nuestro juicio sin excesiva rotundidad, la legitimidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad patrimonial¹¹¹, esto es, la legitimidad de aquellas cláusulas por las que deudor, con el consentimiento del acreedor, sustraería de una

previstos taxativamente en la Ley. Se sienta, así, el principio de legalidad en esta materia (en este sentido, vid., BARBIERA, L., "Responsabilità patrimoniale. Disposizione generali", en *Il Codice civile. Commentario*, dir. da P.Schlesinger, Milano, Giuffrè Ed., 1991, p.59; LASERRA, G., *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, Ed. Eugenio Jovene, 1966, p.152; MIRAGLIA, C., "Responsabilità patrimoniale", *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol.XXVII, 1991, p.8; ROPPO, E., "Commentario all'art.2740", en *Commentario al Codice civile*, dir. da P. Cendon, Torino, Ed. UTET, 1991, T.VI, p.238). No obstante, NICOLÓ ("Commentario all'art.2740", op.cit., p.15) cree que no debe ser considerado nulo el pacto que impide al acreedor tomar un determinado bien si en el patrimonio del deudor existen otros bienes suficientes para la realización del derecho de crédito.

¹⁰⁹GULLÓN BALLESTEROS, A., "Comentario al art.1911", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1992, T.II, p.2055.

¹¹⁰Así, la STS de 21 de mayo de 1963 (A.2817) defendía esta posibilidad: "el principio de libertad de contratación reconocido en el artículo 1255, al enfrentarse con la garantía que establece el artículo 1911 que sujeta al cumplimiento de las obligaciones todos los bienes presentes y futuros del deudor, puede limitar sus efectos adscribiendo a tal fin sólo ciertos bienes con carácter exclusivo o excluyendo de la general garantía del pago de un crédito, para que produzca el efecto de que, agotados aquéllos, no quepa perseguir los restantes bienes del deudor [...]".

¹¹¹A favor de las cláusulas limitativas de la responsabilidad patrimonial, CASTÁN, J., *Derecho civil español, común y foral*, 16ªed., rev.por G. García Cantero, Madrid, Ed. Reus, 1992, T.III, p.299; CECCHINI ROSELL, X., *El pacto de concreción de la responsabilidad...*, op.cit., p.31; GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.176; GULLÓN BALLESTEROS, A., "Comentario al art.1911", op.cit., p.2056; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., *Anotaciones a ENNECERUS-LEHMAN, Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, trad. esp., Ed. Bosch, 1950, T.II, vol.1º, p.12.

eventual ejecución algunos bienes de su patrimonio, en el supuesto de incumplimiento de la obligación¹¹². Por el contrario, no consideramos válidos los pactos exonerativos -la exclusión de todos los bienes de la acción del acreedor- porque mediante ellos se dejaría sin efecto el contenido de la norma comentada y con ella la eficacia y esencialidad de la responsabilidad patrimonial¹¹³ y del contrato mismo como fuente de obligaciones civiles (y tal vez la misma existencia del contrato a tenor del artículo 1256 C.c.).

Sin embargo, es preciso efectuar una última matización, que pudiera redundar a la vista de lo enunciado en la introducción de este epígrafe. Nos referimos a la cuestión de los límites de estas cláusulas. A nuestro juicio, es absolutamente necesario que las cláusulas de inembargabilidad se sujeten, por lo menos¹¹⁴, a idénticos límites que las cláusulas limitativas de la responsabilidad personal del deudor. Esto es, a los límites del artículo 1255 y por supuesto al artículo 1102 del Código civil. Aunque pudiera resultar ajeno a la responsabilidad patrimonial -en tanto responsabilidad objetiva- conceptos como el de dolo y culpa grave, debe indicarse que las cláusulas limitativas de la responsabilidad del artículo

¹¹²Al respecto señalaba VON TUHR (*Tratado de las obligaciones*, trad. esp., Madrid, Ed. Reus, 1934, T.I, p.11) que aunque "la responsabilidad patrimonial puede limitarse también por contrato", "estos contratos no son frecuentes en la práctica, ni mucho menos, pues los acreedores no se prestarán de buen grado a que se les mermen las atribuciones legales".

¹¹³Cfr. CASTÁN, J., *Derecho civil...*, op.cit., T.III, p.299; GULLÓN, A., "Comentario del art.1911", op.cit., p.2055; ROCA SASTRE, R.M., y PUIG BRUTAU, J., "El principio de la responsabilidad patrimonial...", op.cit., p.184. Todos ellos definen a la responsabilidad patrimonial como un elemento esencial y consustancial al vínculo obligatorio, sustraído a la voluntad de las partes. Desde esta perspectiva, O'CALLAGHAN (*Compendio de Derecho civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1991, T.II, vol.1º, p.167) señala que "el artículo 1911 es de carácter imperativo. No pueden las partes contratantes dejarlo sin efecto, estableciendo, al constituir la obligación, cláusulas de exoneración de responsabilidad, en el sentido de que aunque incumpla no hay responsabilidad o en el de que sea intocable el patrimonio del deudor".

¹¹⁴En este sentido, GARCÍA AMIGO (*Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.) señala que las cláusulas de limitación de la responsabilidad patrimonial, para ser válidas, han de asegurar la suficiencia del *id quod interest*. La imposición de este límite es criticado por GULLÓN ("Comentario al art.1911", op.cit.), desde la asimilación de estas cláusulas a los pactos de quita y remisión: "el acreedor es dueño por completo de sus intereses y por eso la quita y remisión es libre o incondicional, salvo la inoficiosidad que pueda afectarla". Podría señalarse aquí que la STS 21 de mayo de 1963, ya citada, consideraba como requisito de la validez de estas cláusulas el hecho de que se establezcan "con entera precisión y claridad".

1911 no pueden ser válidas cuando el incumplimiento de la obligación se haya debido a culpa intencional o dolo del deudor. Otra cosa supondría facilitar el fraude de ley¹¹⁵.

3. FIJACIÓN DEL CONCEPTO FRENTE A TRES FIGURAS QUE EN LA PRÁCTICA PUEDEN DESEMPEÑAR ANÁLOGA FUNCIÓN

A continuación se lleva a cabo el análisis de tres figuras contractuales que pueden, en ciertas ocasiones, desarrollar análoga función de limitación o restricción de la responsabilidad, con la intención de delimitar y fijar rigurosamente el concepto objeto de estudio.

Si las figuras que se van a estudiar son susceptibles de producir efectos limitadores de la responsabilidad, resulta lógico interrogarse acerca de su tratamiento sistemático. ¿Por qué analizarlas separadamente y no dentro de las cláusulas indirectamente restrictivas de responsabilidad?

La respuesta es sencilla: son figuras sustancial y totalmente diversas de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, aunque, con carácter excepcional y sólo desde una perspectiva práctica -o de funcionamiento- pueden presentar cierta analogía con la dinámica de las cláusulas de irresponsabilidad. Sus efectos no pretenden, ni siquiera de forma indirecta, la limitación de la responsabilidad. Lo que acontece es que en la práctica, y a causa *vgr.* de la alteración de las circunstancias o de la deficiente previsión de las partes las convenciones que

¹¹⁵Si se admitiese el pacto de limitación de la responsabilidad patrimonial sin los límites que el Código civil y otras leyes especiales señalan para las limitaciones de la responsabilidad personal del deudor se facultaría a las partes la posibilidad de limitar su responsabilidad -y alcanzar semejantes efectos- sin sujeción, por ejemplo, a la prohibición del artículo 1102 C.c. Y ello porque la limitación de la responsabilidad patrimonial está íntimamente vinculada a la de la responsabilidad personal. Como señala ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, op.cit., p.400) con referencia a la limitación de la responsabilidad en la hipoteca, "la concreción de la responsabilidad personal a la cosa hipotecada y la circunstancia de que esta responsabilidad y la hipoteca recaigan sobre la misma, hace que entre ambas se produzca una trabazón tal, que así como la hipoteca sigue a la cosa, igualmente la sigue la responsabilidad personal y, por tanto, el débito de la que deriva".

se estudiarán, pueden convertirse finalmente en limitadoras de la responsabilidad.

3.1. La cláusula delimitadora del contenido del contrato

La cláusula de no responsabilidad no se traduce en una ausencia de obligación. La obligación se asume por el beneficiario de la cláusula con la especialidad de que si no cumple no va a ser inquietado en su responsabilidad¹¹⁶.

Pero existen, asimismo, cláusulas que sí implican una ausencia de obligación; son las denominadas "cláusulas delimitadoras del objeto del contrato". Mediante ellas los contratantes definen la órbita de lo debido excluyendo alguna obligación de lo que sería el contenido habitual o normal del contrato, operación legitimada por el principio de autonomía de la voluntad, que permite a las partes no sólo adoptar los tipos contractuales que deseen sino también estipular obligaciones pertenecientes a diversos tipos legales o incluso pactar otras no previstas en el Código civil.

Lo que se define es aquello que se debe, de forma que la no realización del resultado debido tal y como ha sido definido por las partes, genera la responsabilidad con arreglo a las normas generales sobre liquidación del daño resarcible. "Ni las normas de responsabilidad ni las de resarcimiento resultan modificadas"¹¹⁷.

Teóricamente, pues, la diferencia es clara: las cláusulas que determinan el contenido del contrato se refieren a la fisiología de la obligación, mientras que las limitativas de responsabilidad se refieren a la patología de aquella, al incumplimiento de la obligación, desarrollando su eficacia después de éste y en el caso de que sea además imputable al deudor (ya a título de culpa, ya por cualquier otro criterio de atribución): es a partir de la imputabilidad cuando las convenciones de irresponsabilidad despliegan su eficacia sobre la

¹¹⁶Cfr. MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6ªed., Paris, Ed. Montchrestien, 1983, T.III, vol.2º, p.11.

¹¹⁷JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, op.cit., p.350.

relación obligatoria¹¹⁸.

Pero en la práctica esta clara diferencia se desvanece. Es muy difícil distinguir cuando se trata de cláusulas de irresponsabilidad o cuando, por el contrario, las partes sólo pretenden conformar el objeto del contrato. Como señala SAVATIER¹¹⁹, el tema es trascendente en lo que concierne, especialmente, a los contratos a título oneroso, donde la onerosidad de las obligaciones importan normalmente una vigilancia particular. Las cláusulas de no responsabilidad, sin suprimir este deber de vigilancia, dispensan de indemnizar las consecuencias de su incumplimiento; las de determinación del objeto del contrato, en cambio, lo erradicarían.

Un ejemplo ilustrará la cuestión. Es frecuente observar en los garajes letreros advirtiendo que "la casa no se hace responsable de los robos en el interior de los vehículos". Ante estas declaraciones se puede pensar que el garajista pretende descartar su obligación de vigilancia o que, aun obligándose a ello, el vigilante declina su eventual responsabilidad en caso de robo.

La distinción es importante porque ambas figuras no poseen idénticos regímenes jurídicos; en la delimitación del objeto del contrato las partes gozan de un mayor poder de actuación. Sin embargo, esto no significa que se trate de un poder absoluto. Lógicamente habrá de someterse a los límites enunciados por el artículo 1255; pero se debe vetar cualquier intento de los contratantes que obvie las obligaciones estimadas como esenciales o principales de ese tipo contractual¹²⁰, ya que en otro caso, como recuerda MALAURIE¹²¹, el

¹¹⁸GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.96.

¹¹⁹SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1951, T.II, p.238.

¹²⁰La imposibilidad de excluir, mediante pacto, obligaciones esenciales del tipo contractual fue, en su día, la argumentación del T.S., en su sentencia 5 de abril de 1956, para declarar nula la cláusula, muy frecuente en los contratos de mandato y sobre la que existía una intensa polémica doctrinal, que exoneraba al mandatario de rendir cuentas a la finalización del contrato. Así, el T.S., tras alguna sentencia en la que declaró eficaz esta cláusula por constituir un pacto que por sí sólo no se opone a la Ley o a la moral, declara que tal exoneración es contraria a la esencia del mandato: "una estipulación, contenida en el propio contrato de mandato, exonerando al mandatario de rendir

contrato corre el riesgo de carecer de causa, a tenor del artículo 1261 y concordantes del C.c. (aunque la tarea de determinar cuándo una obligación es esencial resulta, en algunos casos, complicada).

Sentada la diferente naturaleza de ambas cláusulas y, como consecuencia de ello, su diverso régimen jurídico, debemos advertir de la virtualidad de los pactos delimitadores del contenido contractual para producir, en última instancia, efectos similares a los provocados por las cláusulas de exoneración, lo que ha llevado a determinados autores¹²² a unificar las

cuentas, desnaturaliza en la mayor parte de los casos el contrato de mandato y debe ser mirada con recelo porque lo más seguro es que se trate de un negocio indirecto o disimulado". (Sentencia comentada por Díez-PICAZO, L., *Estudios de jurisprudencia civil*, 3ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1981, T.II, p.114).

Basándose en el mismo razonamiento, la SAP de Murcia de 9 de julio 1994 (Ar.Civ. 1183) y respecto a los daños ocasionados a un vehículo estacionado en un aparcamiento acotado y vigilado, declara que las obligaciones de vigilancia y custodia del vehículo del actor "como obligaciones del contrato de garaje forman parte de su contenido esencial, ofreciendo una mayor seguridad por el cuidado y vigilancia que se presume existe en el servicio de aparcamiento acotado de vehículos, dotado de una organización que, en caso de anormal funcionamiento será la responsabilidad asumiendo los fallos del deber de vigilancia sin que sea posible repercutirlos en los usuarios". Así, "en el contrato de garaje, las ideas de guarda y custodia aparecen -desde una visión finalística- como determinantes del mismo y -desde la perspectiva estructural- como obligaciones que integran el contenido que es inherente a tal figura, esto es, presentes sin necesidad de que sean expresamente pactadas" (HERRADA ROMERO, R.I., "Reflexiones sobre la caracterización jurídica del contrato de garaje", *R.D.P.*, 1994 (octubre), p.865). Aplicando esta tesis, la SAP de Barcelona de 24 de enero 1991 declaró igualmente nula una cláusula de exoneración de responsabilidad establecida por el explotador de un aparcamiento. En el mismo sentido, SAP de Cádiz de 29 de mayo 1992 (*R.G.D.*, 1992, p.12281 y ss.); SAP de Barcelona de 16 de junio 1994 (*R.G.D.*, 1995, p.1058) y SAP de Barcelona 13 de julio 1994 (*R.G.D.*, 1995, p.1059). En contra, SAP de Palencia de 27 de enero 1995 (A.C., nº684), la cual al no configurar el contrato de parking como un contrato de depósito, excluye la obligación de vigilancia del núcleo de obligaciones esenciales. Sobre este particular, de forma más ampliada, vid. nuestro trabajo, "Construcción jurisprudencial del contrato de aparcamiento de vehículos", *Aranzadi Civil*, nº11, octubre, 1996, p.11 y ss.

¹²¹MALAUURIE, P. y AYNES, L., *Droit civil. Les obligations*, Paris, Ed. Cujas, 1992, p.469. Por su parte, AYNES ("Droit français", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires...*, op.cit., p.10) sigue a P.DURAND quien puso de manifiesto la idea de que es necesario el mantenimiento en el contrato de un *minimun contractuel*, esto es, un principio básico de coherencia contractual que hace referencia a que no se puede al mismo tiempo contratar y privar al contrato de su esencia, de su obligación fundamental.

¹²²En este sentido, DELEBECQUE (*Les clauses d'allegeant les obligations dans les contrats*, tesis, Aix, 1981, p.601, citado por MALAUURIE, P. y AYNES, L., *Les obligations*, op.cit., p.474) indica que sendas cláusulas producirán sus efectos en la medida en que no sean contrarias a la buena fe

exigencias para las dos figuras, sujetando las que tienen por objeto la exclusión de la obligación a los requisitos preceptuados para las reactivas de responsabilidad, tendencia más común en el terreno de los contratos de consumidores¹²³, por razones de seguridad jurídica.

3.2. La cláusula penal

La cláusula penal es aquella estipulación contractual por la que el obligado se compromete a satisfacer una determinada prestación, generalmente consistente en el pago de una cierta cantidad de dinero, al que tiene derecho a exigirle el cumplimiento o a una tercera persona, en el supuesto de incumplir o cumplir defectuosamente su obligación¹²⁴.

La pena, en las obligaciones con cláusula penal, se presenta generalmente como sustitutiva de la reparación -pena sustitutiva¹²⁵- como se especifica el artículo 1152 del Código civil ("*... la pena sustituirá a la indemnización de daños y abono de intereses en caso de falta de cumplimiento [...]*"). Sin embargo, el propio precepto *in fine* deja abierta la

contractual.

¹²³Muy cercana a esta problemática se encuentra la que representa la interpretación del art.8.1 de la Ley de Consumidores y Usuarios en el que se garantizan -se consideran exigibles- frente a los consumidores y usuarios "*el contenido y las prestaciones propias de cada producto y servicio [...] aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido*". El concepto de prestación propia de cada producto o servicio, nada nítido en la Ley, aparece, en los contratos de consumidores como paralelo al de la obligación esencial en los contratos y como tal ha servido para anular determinadas cláusulas contenidas en condiciones generales que amparándose en la autonomía privada excluían la prestación propia legítimamente esperada por el consumidor o usuario. Así, la STS 15 de julio 1987 (A.5793) y la STS 26 de mayo 1990 (A.4852) utilizan el criterio interpretativo de la prestación propia. Sobre este particular, vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., "Las prestaciones propias de cada producto o servicio", *Ar.Civ.*, 1993-I, p.1839 y ss.

¹²⁴Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995, vol.1º, p.510.

¹²⁵ESPÍN CÁNOVAS ("La cláusula penal en las obligaciones contractuales", *R.D.P.*, 1946, p.154), diferencia, dentro de la modalidad de pena sustitutiva dos categorías: la pena *compensatoria*, cuando se pacte para el supuesto de incumplimiento de la obligación, y la pena *moratoria*, cuando se haya previsto en caso de mero retardo en el cumplimiento. Sobre esta última clase añade que "el legislador español no la regula especialmente, pero puede encontrar cauce legal en el artículo 1154, ya que irregularmente cumplida es la obligación que se cumple con retardo" (p.155).

puerta a que las partes pacten otra cosa, lo que nos conduce a la otra modalidad de pena, la cumulativa, la cual es debida conjuntamente con la reparación ordinaria por incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

La cláusula penal, además de una función sancionadora o represiva, cumple la "función general de garantizar el cumplimiento del contrato, lo mismo que la responsabilidad contractual, a la cual normalmente sustituye; pero con más fuerza que esta última, por la sencilla razón de que, conteniéndose habitualmente en los contratos sinalagmáticos, cuando incumple la parte a cuyo cargo se ha estipulado la cláusula penal, ésta pierde la pena sin recibir nada a cambio"¹²⁶.

La delimitación conceptual entre esta figura y la cláusula limitativa de responsabilidad -con respecto a las exoneratorias la cuestión ni se plantea- es clara, si bien, como pone de relieve GARCÍA AMIGO, existen ciertas notas comunes a las dos cláusulas: accesoriedad, tienen como presupuesto de eficacia la imputabilidad al deudor del incumplimiento y son, asimismo, estipulaciones convencionales y de carácter preventivo¹²⁷.

Pero estas similitudes son, como el citado autor estima, accidentales y externas. En el foro interno la diferenciación no ofrece problemas porque por definición la cláusula penal, al contrario que la limitativa de responsabilidad, "pretende atribuir al deudor una responsabilidad agravada que supere los daños previsibles y, sobre todo, porque exime al acreedor de probar la existencia y cuantía del daño"¹²⁸. En efecto, una de las principales

¹²⁶GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.117. Las funciones de la cláusula penal han sido puestas de relieve, entre otras -STS 22 de octubre 1990 (A.8033), por la STS 7 de marzo 1992 (A.2007) que señala que "para la existencia de la cláusula penal se requiere bien una función coercitiva o de garantía, consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación rincipal, ante la amenaza de tener que pagar la pena, ya una función liquidadora del daño, o sea, la de evaluar por anticipado los perjuicios que habría de ocasionar al acreedor el incumplimiento o cumplimiento inadecuado de la obligación, ora una función estrictamente penal consistente en sancionar o castigar dicho incumplimiento, atribuyéndose consecuencias más onerosas para el deudor que las que normalmente lleva aparejada la infracción contractual" (F.J.2º).

¹²⁷Cfr. GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.118.

¹²⁸JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, op.cit., p.342.

diferencias entre la cláusula penal y la limitativa de responsabilidad tiene su origen, como señala D. MAZEAUD¹²⁹, en la fase de conclusión o de perfección del contrato, ya que en uno y otro caso la intención de las partes es muy diversa; mientras que en la cláusula penal preside en las partes la intención de aseguramiento y garantía de la obligación, en la limitativa de responsabilidad el deseo de las partes se encamina hacia la atenuación de las consecuencias de la responsabilidad eventual del deudor fijando en una suma predeterminada la carga financiera de aquélla.

Ya en el plano funcional, o como indica D. MAZEAUD¹³⁰, en la fase de ejecución del contrato, la distinción es explicada, de forma muy plástica, por TREITEL¹³¹: fijada una pena de 200 por incumplimiento de una obligación A, salvo moderación ulterior, el deudor que la incumpla por causa a él imputable, deberá 200, sin que el acreedor pruebe el daño o aunque sea menor; por el contrario, si la responsabilidad está limitada a esa cuantía, el deudor deberá indemnizar aquellos daños probados por el acreedor, hasta un máximo de 200.

¹²⁹MAZEAUD, D., *La notion de clause pénale*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1992, p.280 y ss. La autora determina también las diferencias entre la cláusula penal y la cláusula exoneratoria de responsabilidad, aunque en este caso, como ella misma afirma las diferencias son irreductibles, y se hacen más nítidas, si cabe, por lo que respecta a los efectos de ambas convenciones: si la cláusula penal va a suponer un plus a la sanción por un comportamiento ilícito, a saber, el de la inexecución de la obligación principal, la cláusula elisiva de responsabilidad va precisamente a suprimir la sanción normal del incumplimiento de la obligación, esto es, la indemnización que implica la responsabilidad contractual. Un discurso similar, a la hora de apuntar las diferencias entre las cláusulas restrictivas de la responsabilidad y la cláusula penal, se aprecia en BESSONE ("Le clause de exonero e di limitazione...", op.cit., p.330), quien asegura que a diferencia de la cláusula de exoneración de la responsabilidad, que se establece en beneficio del deudor y que asume la función de limitar la responsabilidad, la cláusula penal es pactada en interés del acreedor y directamente encaminada a reforzar el vínculo realizando un liquidación forfettaria y preventiva del daño, no consintiendo, así, al deudor desligarse de las consecuencias de un comportamiento generador de responsabilidad. En el mismo sentido, BÉNABENT, A., *Droit civil. Les obligations*, 4ªed, Paris, Ed. Montchrestien, 1994, p. 203 y ss.; ESMEIN, P. en PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité élémentaire de Droit civil*, 2ªed., Ed. L.G.D.J., 1952, p.549 y 550; LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, 2ªed., Paris, Ed. Dalloz, 1992, p.119 y ss.; MARTY, G. y RAYNAUD, P., *Droit civil. Les obligations*, 2ªed., Paris, Ed. Sirey, 1988, T.I, p.776 y ss.

¹³⁰MAZEAUD, D., *La notion de clause...*, op.cit., p.287.

¹³¹TREITEL, *Remedies for breach of contract*, Oxford, 1988, p.209, citado por RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., "Sobre la cláusula penal en el Código Civil", *A.D.C.*, abril-junio, 1993.

Sin embargo, el problema se puede presentar, en el plano funcional, cuando la pena estipulada en la cláusula penal sea sensiblemente inferior a los daños que realmente se han producido. En este supuesto, y debido a que la facultad del Juez de moderación de la pena sólo se prevé para el caso de que "*la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida*" -art.1154 C.c.-, se ha rechazado por parte de la doctrina, y con fundamento en el principio de inmutabilidad de la pena, la posibilidad de que el acreedor exija un aumento de la pena basándose en la mayor cuantía de los daños ocasionados por el incumplimiento¹³². Así las cosas, la cláusula penal estaría cumpliendo finalmente la función pretendida por la limitativa de responsabilidad: reducir la indemnización debida al acreedor.

Pero la posibilidad de que tal supuesto pueda acaecer en la práctica no debe siquiera plantearnos duda alguna acerca de la sustancial divergencia de las dos figuras: mientras que la cláusula penal pretende si no aumentar la indemnización debida (cláusula penal cumulativa) sí, en todo caso, sustituir la reparación (pena sustitutiva), la cláusula restrictiva de la

¹³²Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D., "La cláusula penal en las obligaciones...", op.cit., p.165 y ss. El autor declina la interpretación de que el acreedor fuera autorizado, "por poner en pie de igualdad a ambas partes", a exigir la indemnización cuando la pena fuese inferior a los daños, "ya que el deudor puede obtener la moderación en caso de cumplimiento parcial", y esto "porque a ello se opone el texto del artículo 1152 al decir que "en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento...; la indemnización ordinaria se halla sustituida, pues, por la pena" (p.166). Otra cosa es que las partes hayan pactado que si el importe de los daños supera a la pena se pueda pedir el exceso, pacto autorizado por el artículo 1152.1º C.c. (*Ibidem*, p.167). ESPÍN ALBA (*La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, p.114) sugiere, por el contrario, la posibilidad de utilizar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, "pues qué duda cabe que estamos ante una situación en que se da una alteración extraordinaria de las circunstancias que dieron lugar a la formulación de un determinado valor a título de pena convencional"; aunque reconoce la dificultad que supone aplicar los estrictos requisitos de la doctrina citada a la cláusula penal irrisoria. En íntima conexión con esta postura la STS 7 de diciembre 1990 (A.9900) señaló que pese tener la cláusula penal una función absorbente y anticipadora de daños y perjuicios, "ello no significa que todos los perjuicios producidos a la otra parte puedan entenderse absorbidos indefinidamente y más allá de lo que resulte del incumplimiento contractual propiamente dicho, pues lo contrario supondría que el incumplidor contumaz y avisado tendría en sus manos la posibilidad de vaciar de contenido y efectos la previsión cautelar de la propia cláusula sancionadora, al poder aquél, a su arbitrio y de forma unilateral, retrasar el desalojo efectivo del inmueble continuando su ocupación de mala fe hasta considerarse compensado de las cantidades perdidas por aplicación de la cláusula contractual pactada" (FJ 2º); pronunciamiento que se repite en la más reciente STS 12 de diciembre de 1996 (*La Ley*, 7 de febrero 1997, ref.396).

responsabilidad procura el objetivo contrario, cual es reducir o hasta suprimir la indemnización debida al acreedor. Así, en el caso en que se pretendiese obtener una limitación de la responsabilidad mediante el cauce de la cláusula penal¹³³ estaríamos probablemente, y siempre que se dieran los requisitos exigidos legalmente, ante un supuesto de fraude de ley del artículo 6.4 C.c., lo cual nos conduciría a la aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir o, en otro términos, a la aplicación del régimen jurídico de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad con especial énfasis en la del artículo 1102 del Código civil en aras de evitar la "cláusula penal fraudulenta"¹³⁴.

¹³³ Algunos autores, han puesto de manifiesto el peligro de que la cláusula penal pueda ser utilizada para introducir en el contrato una disminución indebida de responsabilidad. En este sentido, vid. GÓMEZ CALERO, J., *Contratos mercantiles con cláusula penal*, Madrid, Ed. Civitas, 1980, p.128. Este riesgo ha sido puesto de relieve también por RUIZ VADILLO ("Algunas consideraciones sobre la cláusula penal", *R.D.P.*, 1975, p.394 y ss.) quien llega a decir que "a mi juicio, las cláusulas limitativas de responsabilidad, con exclusión de las que deriven del dolo, pueden tener su proyección práctica a través, precisamente, de la cláusula penal".

¹³⁴ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op.cit., p.343. La aplicación, en estos supuestos, de los límites que el ordenamiento jurídico señala para las cláusulas limitativas de responsabilidad, ha sido apoyada además por MAS BADÍA (*La revisión judicial de la cláusula penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1995, p.265 y ss.) quien configura las penas irrisorias, aquéllas cuyo montante es exageradamente inferior a los daños reales "de modo que no pueden cumplir la función de garantía que les es propia, o suponen una pérdida injusta e imprevisible para el acreedor", como pactos de limitación o exoneración de la responsabilidad "pues es éste su resultado" y "por ello deben respetar las normas imperativas que nuestro ordenamiento jurídico contiene al respecto" (p.266). No obstante, la propia autora reconoce que esta cuestión -la aplicación de los límites de las cláusulas limitativas a las penas que implicaría, a veces, su nulidad- es más compleja de lo que parece debido a la asentada corriente doctrinal y jurisprudencial que propugan la independencia de la pena convencional de los daños y perjuicios realmente producidos. En el mismo sentido, ORTI VALLEJO, A.: "Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal", *R.G.L.J.*, 1982, p.300 y ESPÍN ALBA, I., *La cláusula penal...*, op.cit., p.112.

En cambio DE CUPIS (*El daño*, op.cit., p.520) se muestra abiertamente contrario a someter a la cláusula penal, aun cuando ésta funcione como limitadora de la reparación, a las restricciones de los pactos limitativos de la responsabilidad en orden a la diferente naturaleza que media entre ambos pactos. Así, "la validez de la cláusula penal queda extraña a estas restricciones. Como es sabido, esta cláusula puede tener una eficacia limitativa del resarcimiento, la cual, no es más que un aspecto de su función liquidadora del daño, que comporta la eliminación de toda incertidumbre sobre la carga de la responsabilidad y suministra la ventaja de producir abiertamente la medida correspondiente del daño resarcible adecuada al *forfait* previamente establecido. Esta función benéfica de la cláusula penal justifica su validez para que desarrolle concretamente una eficacia limitativa del resarcimiento independientemente de aquellos obstáculos que pueden configurar y restringir la eficacia de los pactos limitativos de responsabilidad".

En definitiva, la cláusula restrictiva de la responsabilidad y la cláusula penal están caracterizadas por una función incompatible; la primera, destinada a ofrecer un medio de tutela al interés del deudor a través de la limitación del daño resarcible; la segunda, destinada a ser un instrumento de tutela del interés del acreedor, a través de la determinación de la prestación, que invariablemente se liga al incumplimiento. El hecho de que en un supuesto concreto y a la luz de una valoración *ex post*, el valor de la cláusula penal sea inferior que el daño resarcible representa un elemento de carácter circunstancial que por sí mismo no influye sobre la naturaleza de la cláusula ni, menos aún, sirve para atribuirle una función limitativa del daño¹³⁵.

3.3. El seguro de responsabilidad civil

Es frecuente entre los estudiosos de las cláusulas de irresponsabilidad, acometer la diferenciación entre éstas y el seguro de responsabilidad civil porque, en palabras de GARCÍA AMIGO, "son dos instituciones paralelas que se han desarrollado con la finalidad común de aliviar al empresario de la pesada carga que la disciplina moderna de la responsabilidad contractual pone sobre él"¹³⁶.

La generalización del seguro de responsabilidad civil se produce recientemente en el panorama asegurativo¹³⁷ fruto de la creciente trascendencia que cobra la propia institución

¹³⁵Cfr. ZOPPINI, A., *La pena contrattuale*, Milano, Giuffrè Ed., 1991, p.232.

¹³⁶GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.108.

¹³⁷Si bien su uso generalizado, incluso obligatorio en determinadas actividades, es reciente, su utilización primera se remonta al siglo XVII en algunos sectores económicos. Precisamente, y no por casualidad, nace, al igual que las cláusulas exoneratorias de responsabilidad, en el ámbito del comercio marítimo para permitir al armador o naviero asegurarse contra las culpas del capitán y de la tripulación, como consta en una Ordenanza francesa de 2 de agosto de 1681 sobre comercio del mar (MAZEAUD, H. L. y J. y CHABAS, F., *Traité theorique et pratique...*, op.cit., p. 155). Sin embargo, GARRIGUES (*El contrato de seguro terrestre*, 2ªed., Madrid, Ed. J. Garrigues, 1982, p.360) conecta el nacimiento del seguro de responsabilidad al ámbito de los accidentes de trabajo en el siglo XIX y alude a una ley francesa de 1861 como la primera regulación de este seguro. En España, hay que esperar, en lo que respecta al aspecto legislativo, a la Ley de Contrato de Seguro de 1980 para hallar la primera regulación del contrato de seguro de responsabilidad, ya que en el Código de Comercio no encontramos alusión alguna a dicho contrato, lo cual no evitó que en la

de la responsabilidad civil en nuestro sistema, de su progresiva objetivación y, por supuesto, como consecuencia de la cada vez mayor importancia económica de los daños y correlativamente de las indemnizaciones. En efecto, el paso de la responsabilidad civil como instrumento represor de determinados comportamientos, como pena civil a la nueva concepción de aquella como indemnizadora de daños en virtud de la pérdida de su componente netamente individualista que poseía en el primer estadio (lo que se ha denominado fenómeno de socialización de la responsabilidad), implica una preocupación imperiosa por el pago de las indemnizaciones a las víctimas. En la actualidad, lo que realmente importa no es tanto que el sujeto responsable del daño sufra la correspondiente pérdida patrimonial que genera la indemnización, como "castigo" a su negligente comportamiento, sino que la víctima obtenga en todo caso la reparación del daño. Obtiene prioridad, entonces, la cobertura de la víctima en defecto de la recriminación del responsable. Ésta es la idea que subyace en la consolidación de los seguros de responsabilidad civil¹³⁸.

La modalidad asegurativa a la que hacemos referencia surge en el seno de los denominados "seguros de deuda" y se define en el artículo 73 de la L.C.S. como aquel contrato de seguro por el que "el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos por la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a derecho". Se fundamenta, como todo contrato de seguro, en la colectivización de los riesgos, caracterizándose, por tanto, porque "el asegurador se compromete a mantener indemne al asegurado, dentro de los límites del contrato de seguro, cuando el patrimonio del éste se vea

práctica su utilización. Como señala GARRIGUES (*El contrato de seguro...*, op.cit., p. 360) "las pólizas usadas en España, a falta de normas legales, lo regulan bajo la libertad controlada por la Inspección material del Estado".

¹³⁸La idea de protección a la víctima ha vertebrado incluso la propia evolución del seguro de responsabilidad civil. Como pone de relieve la STS 26 de diciembre de 1986 (A.7996) ha dejado de ser un "instrumento jurídico tendente a preservar al asegurado del riesgo que amenaza su patrimonio ante la eventual reclamación de un tercero, por causa de un comportamiento culposo" y "se ha convertido en otro cuyo centro de gravedad es la protección indemnizatoria del tercero perjudicado", prevaleciendo así "la responsabilidad objetiva sobre la fundamentación subjetivista que inspira en general el derecho de daños".

gravado por el nacimiento de una deuda de la que es responsable"¹³⁹. La Compañía de seguros afrontará las indemnizaciones que en otro caso debería pagar el beneficiario a cambio de la percepción de primas periódicas.

A pesar de que pueda existir cierto paralelismo entre las dos figuras, lo cierto es que la diferencia entre ambas es clara: mientras que la cláusula restrictiva de responsabilidad excluye (o reduce) la obligación de reparar el daño, en el seguro de responsabilidad civil no existe supresión de la obligación de responder: la Compañía aseguradora se subroga en la posición del asegurado cubriendo su deuda indemnizatoria hasta la suma asegurada (de lo que exceda de esta cantidad se hace cargo el asegurado, lo que nos da idea de que de ningún modo ataca a la responsabilidad). Por ello en el seguro de responsabilidad civil, la víctima del daño no queda desprotegida en absoluto, de ahí que no pesen sobre él las reservas a su validez que planean sobre las cláusulas de no responsabilidad, especialmente en lo que respecta a su adecuación con el orden público¹⁴⁰ y la moral.

¹³⁹SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, 16ª ed, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1993, p.593. En cuanto al régimen jurídico del contrato de seguro de responsabilidad civil, la Ley del Contrato de Seguro lo regula en los artículos 73 a 75. Asimismo existen determinados Decretos que recogen ciertas modalidades asegurativas en particular. En este sentido, vid. YÁÑEZ DE ANDRÉS, A., *Responsabilidad civil y seguros. Ámbito y limitaciones*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1992.

¹⁴⁰Rescatamos aquí un párrafo de los MAZEAUD (*Traité theorique et pratique...*, op.cit., p.157): "En efecto, el seguro de responsabilidad civil no es contrario al orden público. Sin duda, el seguro por las culpas contractuales y delictuales puede desarrollar en su beneficiario una lamentable despreocupación, pero le procura a las víctimas la más segura garantía de ser indemnizadas; además del responsable cuya solvencia es dudosa a veces, la víctima tiene por deudor al asegurador. Asegurarse no es tan sólo prever a propio tiempo la insolvencia de uno mismo y garantizar frente a ella a los acreedores eventuales. En todo seguro de responsabilidad hay una suerte de seguro de crédito que contrata el deudor a favor de su acreedor. Por eso, el seguro de responsabilidad, acto de prudente previsión, no choca con el orden público".

Por su parte, GARRIGUES (*El contrato de seguro...*, op.cit., p.361) ha indicado que "pese a este reconocimiento del seguro de responsabilidad civil -refiriéndose a la L.C.S. de 1980- los juristas no han renunciado a formular sus objeciones, alegando que mediante este contrato al liberar al asegurado de las consecuencias de sus propias faltas de cuidado, se viene a favorecer la incuria y la imprudencia. Esto es cierto, pero también lo es que este seguro tiende, en último término, a favorecer a las víctimas de estas faltas de cuidado (de contrato a favor de tercero se ha calificado por algunos), pues la indemnización ya no depende de la voluntad del responsable que suele resistirse a pagar sino de una empresa aseguradora que, habiendo cobrado la prima, no ofrecerá ninguna oposición a las reclamaciones cuando éstas sean fundadas. En todo caso, los inconvenientes de este

De otro lado, y precisamente por lo anterior, al contrario que las cláusulas exoneratorias, que desde nuestra perspectiva son únicamente compatibles con la culpa contractual, el seguro de responsabilidad civil puede también cubrir las deudas derivadas de la responsabilidad extracontractual¹⁴¹ (art.73 L.C.S.). Aunque el eventual responsable, en puridad, descarta anticipadamente su responsabilidad, el principio *neminem laedere* no sufre lesión alguna porque el daño va a ser reparado y, sobre todo, porque la víctima obtendrá la indemnización. En realidad, se produce una subrogación en la deuda indemnizatoria, un cambio en el sujeto pagador.

tipo de seguro se superan con ventaja por las limitaciones y exclusiones de riesgos que las pólizas contienen y, sobre todo, si se piensa que la mayoría de las empresas industriales no podrían ejercer sin la posibilidad de recurrir al seguro de responsabilidad civil".

¹⁴¹Además, es en sede de responsabilidad extracontractual donde el seguro tiene su ámbito más extenso e importante de actuación. Los seguros de responsabilidad clásicos cubren actividades, a veces de manera obligatoria (automóviles, caza, explotadores de energía nuclear), de las que se va a desprender responsabilidad aquiliana.

Capítulo II

ÁMBITO DE OPERATIVIDAD. LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS EN LOS DOS SECTORES DE LA RESPONSABILIDAD

1. INTRODUCCIÓN

Hemos caracterizado a las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil como negocios jurídicos de exclusión de las normas que regulan la responsabilidad civil. Esta caracterización precisa necesariamente de una ineludible constatación: analizar si realmente las partes pueden excluir voluntariamente la eficacia de las normas de responsabilidad civil, o sea, de los artículos 1101 y siguientes y del artículo 1902 del Código civil.

El análisis de este extremo responde a lo que correspondería al ámbito de operatividad de las cláusulas restrictivas. Siendo su ámbito el de la responsabilidad civil, nos detendremos en el análisis de estas figuras tanto en el sector de la responsabilidad contractual como en el de la extracontractual. Sin embargo, hemos de anticipar que es en el campo de la responsabilidad contractual donde las cláusulas encuentran, *a priori*, más fácil y menos polémico acomodo. El carácter dispositivo que rige ampliamente en la regulación de la responsabilidad obligacional propicia, en general, una opinión favorable a los pactos limitadores o exoneradores. Al contrario, las cláusulas de no responsabilidad extracontractual, además de haber sido menos estudiadas, tropiezan con la dificultad de la tradicional calificación del principio *neminem laedere* como de orden público, de la cual resultaría inexorablemente su imperatividad.

Por otro lado, se ha hablado de la vigencia de las cláusulas restrictivas en el sector de la *culpa in contrahendo* o de la responsabilidad precontractual¹⁴². En este sentido, hay

¹⁴²Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991, p.255. La autora admite el hecho de que "las partes empeñadas en las negociaciones dirigidas a la celebración de un contrato modifiquen convencionalmente el cuándo y

que poner de manifiesto que si bien la responsabilidad precontractual es un concepto ya asentado en nuestra doctrina para referirse a la "obligación de resarcir o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la actuación desleal en las negociaciones preliminares"¹⁴³ a un contrato, "la expresión "precontractual" en esta sede no podría designar ningún efecto jurídico, sino un dato de hecho [la precedencia a la relación contractual]; una vez que la responsabilidad se produce por circunstancias anteriores al contrato, quedaría aún por saber si se trata de responsabilidad contractual, extracontractual o de un tercer tipo innominado"¹⁴⁴.

La ausencia de previsión normativa al respecto en el Derecho español¹⁴⁵ impide, a nuestro juicio, su consideración como un *tertium genus* de responsabilidad. Además, la inexistencia de una regulación del comportamiento de las partes durante el período contractual, con la consiguiente inexistencia de obligaciones en sentido estricto, dificulta seriamente la naturaleza contractual u obligacional de la *culpa in contrahendo*¹⁴⁶,

el cuánto de su posible responsabilidad por *culpa in contrahendo*". [...] "Nada obsta -continúa la autora- para que los interesados en la futura celebración de un contrato, antes incluso de realizar los tratos previos y en previsión de que los mismos no lleguen a buen fin, pacten las consecuencias patrimoniales derivadas de una eventual ruptura".

¹⁴³ALONSO PÉREZ, M., "La responsabilidad precontractual", *R.C.D.I.*, 1971, p.891.

¹⁴⁴CARRASCO PERERA, A., "Comentario al art.1101", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op.cit., T.XV-1º, p.428.

¹⁴⁵El Código civil español omite cualquier referencia a la responsabilidad precontractual, al igual que el B.G.B. o el Code français. Sin embargo, el Codice civile italiano, más moderno, supone un avance al afirmar en su artículo 1337 que "*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*". Así, determina el deber de las partes de comportarse según la buena fe mas no precisa las reglas a las cuales debe someterse el incumplimiento de este deber. Más allá va el Código civil portugués al señalar en su artículo 227 "*Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*", indicando, en un segundo párrafo que "*A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498º*". De esta forma vincula, en cierta medida -y aunque sólo sea en lo que se refiere a la prescripción de la acción-, la responsabilidad precontractual a la aquiliana (el artículo 498º se incardina en la sección dedicada a la "*Responsabilidade por factos ilícitos*").

¹⁴⁶No obstante, algunos autores han afirmado su naturaleza contractual sobre la base del ensanchamiento de la responsabilidad contractual en virtud del principio de la buena fe. De esta opinión es JORDANO FRAGA (*La responsabilidad contractual*, op.cit., p.32, nota 21) quien califica

propiciando, al tiempo, su adscripción, avalada por la doctrina mayoritaria, en el ámbito de la extracontractual¹⁴⁷, tesis que asumimos.

a la culpa in contrahendo como contractual "en tanto que violación de una obligación legal (derivada de la buena fe, arts.7.1 y 1258 del C.c.) de comportamiento correcto en la fase preliminar a la celebración del contrato, obligación que, por tanto, resulta preexistente a la propia afirmación de la responsabilidad". Menos rotunda resulta la opinión de PANTALEÓN ("Comentario a la STS de 19 de junio de 1984", *C.C.J.C.*, nº6, 1984, p.1876), porque pese a hablar de responsabilidad contractual en casos donde exista "una relación de contacto social", advierte que "la gran volatilidad de los medios de prueba que caracteriza a tales relaciones inclina a aplicarlas el breve plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual en vez del, demasiado largo, de la responsabilidad contractual". También partidarios de su carácter contractual, ALONSO PÉREZ, M., "La responsabilidad precontractual", op.cit., p.904 y GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.90.

¹⁴⁷En este sentido, vid. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, op.cit., T.II, vol.1º, p.366; DE COSSÍO, A., *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, Ed. Civitas, 1988, p.399; DE LOS MOZOS, J.L., *El principio general de la buena fe (Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español)*, Barcelona, Ed. Bosch, 1965, p.223; MANZANARES, A., "La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", *A.D.C.*, 1985-II, p.879 y ss.; SANTOS BRIZ, J., *La contratación privada*, op.cit., p.99. La razón de la calificación de la responsabilidad precontractual como extracontractual es fundamentalmente la ausencia de regulación en nuestro Derecho y la capacidad del art.1902 -dada la extensión de sus términos- para poder alojarla sin problemas (cosa distinta ocurre en Alemania donde, dada la tipicidad del parágrafo 823 BGB, la doctrina se inclina hacia su carácter contractual, vid. ASÚA, C.I., *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1989, pp.25 a 241). Pero también es una cuestión de falta de unidad de la responsabilidad precontractual. El análisis de los diferentes supuestos que puede absorber la culpa in contrahendo tienen en común casi exclusivamente su ubicación en la fase preliminar del contrato. Señala ASÚA (*Ibidem*, p.247) que el término "precontractual" aplicado al de responsabilidad "hace pensar en toda posible responsabilidad que tenga su origen en comportamientos reconducibles al período de formación del contrato". Teniendo en cuenta su amplitud -debido a ella CABANILLAS SÁNCHEZ ("El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", *R.C.D.I.*, p.757) y LETE DEL RÍO (*Derecho de obligaciones*, 2ªed., Madrid, Ed. Tecnos, 1995, vol.2º, p.69) prescinden de una respuesta unívoca al interrogante de su naturaleza- se ha tratado de tipificar las hipótesis principales de responsabilidad precontractual, sin unanimidad al respecto. GARCÍA RUBIO (*La responsabilidad precontractual...*, op.cit., p.94) ha propuesto una clasificación tripartita que englobaría: la ruptura injustificada de negociaciones, la responsabilidad derivada de ciertos supuestos de declaración de invalidez de un contrato, y la nacida de una violación de los deberes precontractuales que propiciase además invalidez contractual. El primero de los supuestos -la ruptura injustificada de las negociaciones- siendo el más paradigmático, resulta también el caso donde es más claro, a nuestro juicio, el carácter extracontractual de los eventuales daño que provoque. Al respecto, afirma CARRASCO PERERA ("Comentario al art.1101", op.cit., p.429) que "la ruptura injustificada de los tratos preliminares no puede recibir en nuestro Derecho otro régimen que el propio de la responsabilidad extracontractual [...] De otra forma, los tratos preliminares se confundirían con la promesa de contrato en la que el contrato definitivo aparece como un consolidado interés (de cumplimiento) del acreedor. Y se conculcaría gravemente el principio de autonomía contractual si, por vía de indemnización, la ruptura de un trato -por injustificada que fuere- pudiera normativamente equivaler a la ruptura de contrato".

Es decir, si el Código civil no establece expresamente ninguna obligación especial para el período precontractual -al margen del deber general de actuar de buena fe¹⁴⁸- y menos aún obliga a resarcir los daños que se produzcan por la ruptura de los tratos preliminares o negociaciones previas a la formalización del contrato, la indemnización de dichos daños ha de discurrir por el cauce general del artículo 1902 C.c.¹⁴⁹.

Lo precedente justifica la ausencia de un tratamiento autónomo de la responsabilidad precontractual en esta sede y, a la vez, permite hacer extensivas las conclusiones acerca de la cuestión de la viabilidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad extracontractual a las limitaciones convencionales de la responsabilidad precontractual, porque, a nuestro juicio, ésta es una hipótesis de aquélla.

¹⁴⁸Cierto es que el principio de la buena fe, como cláusula general de los art.7-1 y 1258 del C.c., impone un comportamiento a las partes que han entrado en tratos precontractuales. La buena fe actuaría como fuente de deberes para las partes antes incluso de la formalización del contrato. Como señala CABANILLAS ("El ámbito de la responsabilidad precontractual...", op.cit., p.750), "por el hecho de entrar en contacto y de relacionarse, las partes asumen el deber de comportarse de buena fe" (Sobre estos deberes, vid., ALONSO PÉREZ, M., *La responsabilidad precontractual*, op.cit., p.887 y ss.; GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual...*, op.cit., pp.43 a 58). Pero, a nuestro juicio, no puede entenderse que tales deberes sean obligaciones legales (opinión sustentada por JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op.cit., p.32, nota 21) sino verdaderos deberes generales, cuya violación entra de lleno en el ámbito de la responsabilidad por el hecho ilícito (Cfr. PIOTET, P., *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Berna, 1963, p.28). No obstante, desde el apoyo que puede proporcionar el art.1347 del Codice civile, BENATTI (*La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè Ed., 1963, p.85 y ss.) ha intentado demostrar que el deber de comportarse de acuerdo con la buena fe durante los tratos preliminares puede calificarse como obligación, de acuerdo con dos argumentos: 1º) uno literal, dado que la citada norma llama "partes" a quienes están vinculadas a comportarse según la buena fe -cumpliendo, entonces, uno de los requisitos de la obligación, el de la presencia de dos sujetos determinados- y 2º) otro sistemático, ya que el art.1337 se enmarca dentro de la disciplina de las obligaciones y de los contratos.

¹⁴⁹Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, op.cit., T.II, vol.1º, pp.365 y 366.

2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

2.1. Acerca de la responsabilidad contractual

La responsabilidad contractual, según opinión aceptada, hace referencia a la "responsabilidad dimanante de obligaciones preexistentes a la propia afirmación de responsabilidad, cualquiera que sea su fuente"¹⁵⁰, esto es, independientemente de que aquéllas tengan su origen en el contrato o al margen de él. En efecto, la equiparación habitual responsabilidad contractual/contrato es notoriamente errónea, si bien no del todo injustificada al constituir el contrato la principal fuente de obligaciones.

La responsabilidad contractual constituye una de las consecuencias fundamentales y normales del incumplimiento de las obligaciones por el deudor y de la correlativa insatisfacción del acreedor. Su fundamento y justificación se halla en la tutela del crédito por parte del ordenamiento jurídico¹⁵¹. El Derecho, al margen de la autonomía que otorga a

¹⁵⁰JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, op.cit., p.28. En el mismo sentido, ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, op.cit., T.II, vol.1º, p.162. ("más exacto sería llamarla responsabilidad *obligacional*"); CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA HERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, p.9; CHIRONI, *La culpa en el Derecho civil moderno*, trad. esp., 2ªed., Madrid, Ed. Reus, 1978, T.I, p.40; GARCÍA VALDECASAS, "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español", *R.D.P.*, 1962, p.831; DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Incumplimiento de la obligación" en LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho...*, 3ªed., op.cit., T.II, vol.1º, 1994, p.172; YZQUIERDO TOLSADA, M., "La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación", *R.C.D.I.*, 1991, p.457 y 458.

Aun señalando que la responsabilidad contractual u obligacional entra en juego ante el incumplimiento de una obligación, cualquiera que sea su fuente, hay que matizar, con CARRASCO PERERA ("Comentario al artículo 1101 C.c.", op. cit., p.378), que la obligación a la que hacemos referencia ha de estar "*previamente constituida* por contrato, ley, o cuasi contrato". Por ello, y a pesar de las corrientes unificadoras que surgen en torno a la figura de la responsabilidad contractual y extracontractual, el autor afirma que, estrictamente, "los artículos 1101 y siguientes no son normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual en el sentido del artículo 1902 del Código civil. La obligación resarcitoria que surge del daño injusto del artículo 1902 *no es incumplimiento* de una previa obligación sino la fuente de una nueva obligación, la de indemnizar".

¹⁵¹La tutela del crédito, como principal función de la responsabilidad contractual, y el aspecto garantista que tal afirmación conlleva, va a implicar la relegación de otras funciones que podrían presidir la responsabilidad contractual, como pudiera ser la función sancionatoria. El hecho de

los sujetos para regular sus intereses, debe proteger al eventual perjudicado en la relación obligacional, y lo hace poniendo a disposición del perjudicado las acciones oportunas para, a falta de cumplimiento voluntario de las obligaciones, resarcir de alguna manera el daño producido.

La protección de crédito puede realizarse- y se realiza, efectivamente- a través de diversos medios jurídicos. Entre los remedios contractuales o las medidas de protección del crédito o la responsabilidad contractual en sentido amplio (acciones de cumplimiento -por equivalente o de forma específica-, acción de resolución contractual, medidas de protección preventiva, etc.) se incardina la acción de indemnización de daños y perjuicios o responsabilidad contractual en sentido estricto del artículo 1101 C.c., que entrará en juego en presencia de daños contractuales o perjuicios para el acreedor¹⁵², producidos por un incumplimiento total o parcial de la obligación por el deudor, por un cumplimiento defectuoso de la misma o bien por la concurrencia de mora. De este modo la acción resarcitoria o responsabilidad contractual -en sentido estricto- "puede ser meramente adicional de la obligación de cumplimiento específico cuando el cumplimiento -tardío o defectuoso- acaba produciéndose, o puede ser sustitutoria de de tal obligación, lo que sucede cuando estamos ante un incumplimiento definitivo"¹⁵³.

destacar o acentuar una de ellas en perjuicio de la otra viene determinado por la propia concepción de las reglas de la responsabilidad. Por ejemplo, JORDANO FRAGA (*La responsabilidad...*, op.cit., p.35) al distinguir el aspecto garantista por encima de cualquier otra finalidad deja patente su visión objetivista de la responsabilidad: "se responde porque se debe, no porque se realice un comportamiento (subjetivamente) reprochable".

¹⁵²En claro paralelismo con la acción de indemnización extracontractual, y debido a su finalidad resarcitoria, la responsabilidad contractual no surge únicamente ante el incumplimiento, sino que precisa la existencia efectiva de daños o perjuicios causados al acreedor. Es necesaria la lesión en el interés del acreedor para que surja la obligación de reparar, por lo que no todo incumplimiento va a determinar el nacimiento de responsabilidad contractual. Cfr. CARRASCO PERERA, A., "Comentario al art.1101", op.cit., p.378 y DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Incumplimiento de la obligación", op.cit., p.208 y ss.. Estos daños no han de ser necesariamente económicos. Aunque hasta hace relativamente poco tiempo el daño moral no se había considerado en sede de la responsabilidad contractual, hoy está admitida su reparación: vid. GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, Ed. Bosch, 1990, p.279 y ss.

¹⁵³DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Incumplimiento de la obligación", op.cit., p.208.

Llegados a este punto la cuestión fundamental y la más problemática de la responsabilidad contractual es la de discernir cuándo debe responder el deudor, en otras palabras, "determinar en qué casos el deudor de la prestación tiene el deber de resarcir los daños y perjuicios que al acreedor le ocasionan el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o la mora y en qué casos queda exonerado"¹⁵⁴.

Con esta idea, que realmente ya adelanta el ámbito material de la responsabilidad contractual, nos introducimos de lleno en su régimen jurídico. En primer término hay que acudir a la principal regla de responsabilidad, enunciada en el artículo 1101 C.c.: "*Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas*".

La oscuridad del precepto -considera parejos conceptos tan distintos como el dolo o la culpa, de un lado, y, de otro, cualquier modo de contravención- nos obliga a una labor interpretativa para determinar su contenido. Así, hay que distinguir, en primer lugar, entre el incumplimiento (contravención de la obligación y mora) y las causas (subjetivas) de imputación.

Desde el momento en que el deudor ha de cumplir exactamente el contenido de la obligación (*rectius*: la prestación), toda desviación en la conducta del deudor ha de considerarse incumplimiento. Se incluye, entonces, la contravención total o parcial (incumplimiento o cumplimiento defectuoso) de la obligación principal así como de las obligaciones secundarias o accesorias. Precisamente por esta vía, por la calificación de incumplimiento contractual al que afecta a las obligaciones accesorias -entre ellas la de

¹⁵⁴DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 4ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 1993, T.II, p.574. Y es que precisamente, la cuestión de la imputación "no es necesaria -como indica DÍEZ-PICAZO (*Ibidem*, p.574)- en relación con las restantes medidas de protección del derecho de crédito. Para poner en juego la acción de reclamación de cumplimiento, el problema de la responsabilidad contractual queda por completo al margen. Igualmente para poner en marcha los mecanismos de defensa en el caso de las relaciones obligatorias de carácter sinalgmático, como son la resolución o la excepción de incumplimiento contractual".

seguridad y diligencia- se ha producido un enorme ensanchamiento en el ámbito de la responsabilidad contractual u obligacional.

Una vez determinado el ámbito objetivo, el principal problema se presenta en sede del denominado juicio de imputación. Es obvio que el deudor que ha incumplido materialmente la obligación debe responder, pero ¿todo incumplimiento implica responsabilidad?

Una interpretación rigurosa de la expresión "*incurriesen en dolo, negligencia o morosidad*", del artículo 1101, ha consolidado la tesis tradicionalmente sostenida en nuestra doctrina, la tesis subjetivista, por la cual la culpa es el fundamento de toda exigencia de responsabilidad (no hay responsabilidad sin culpa). Tajante se manifiesta CASTÁN cuando afirma que para que haya lugar al resarcimiento de daños y perjuicios se precisa, entre otras condiciones, "que exista un incumplimiento culpable de la obligación"¹⁵⁵. Así, la doctrina subjetivista considera esencial la apreciación de una conducta (u omisión) negligente o dolosa en el deudor para que el incumplimiento le sea imputable. Se trazaría, entonces, un exacto paralelismo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual (teniendo en cuenta la importante excepción que supone el régimen de prueba, en las obligaciones de resultado, de la responsabilidad obligacional ya que mientras que la culpa aquiliana debe ser probada por el que demanda el resarcimiento de los daños, la culpa contractual, en dichas obligaciones, se presume, a tenor de una interpretación mayoritaria del art.1183 C.c., lo que implica la inversión en la carga de la prueba y, por consiguiente, la obligación del deudor de acreditar que su incumplimiento no se debe a causa imputable a él).

Pero el propio artículo 1101 C.c. puede proporcionar la base para una interpretación bien distinta. Ciertamente es que la norma constituye la regla principal de responsabilidad, sin embargo es una regla de carácter positivo, y de ella no se puede extraer necesariamente la conclusión de que el deudor queda exonerado en los supuestos de ausencia de dolo o culpa. En efecto, "el art.1101 admite la posible lectura de que el acreedor puede pretender la

¹⁵⁵CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil...*, op.cit., T.III, p.272.

indemnización ejercitando las posibles acciones con fundamento en el dolo y en la culpa, pero de ello no puede en modo alguno deducirse que ese sea el único fundamento posible de la responsabilidad"¹⁵⁶.

Partiendo de esta idea se han forjado aquellas tesis que prescinden de la identificación responsabilidad/culpa y amplían el ámbito de imputación del deudor. En este sentido, JORDANO FRAGA, inspirado en la posición del italiano OSTI, afirma que "el deudor responde de la falta de resultado debido o de su inexactitud [...] en tanto que la obligación subsista, y deja de responder cuando demuestre que la obligación se ha extinguido por sobrevenida imposibilidad de la prestación a él no imputable. Por tanto, todo cuanto no sea liberación (que es a la vez extinción de la obligación) es incumplimiento: el deudor responde (con o sin culpa, pues la ausencia de culpa no basta por sí sola a extinguir la obligación) en tanto la obligación subsista insatisfecha [...]"¹⁵⁷.

La comunión existente entre aquellos conceptos -culpa y responsabilidad- no resulta, a juicio de muchos adecuada a la propia estructura de la responsabilidad contractual y, como indica PUIG BRUTAU, "sería más natural que la persona que ya está obligada necesite demostrar que existe una causa que lo libera de la prestación debida, en lugar de ser necesario que sobre el hecho de estar obligado se acumule otra causa de responsabilidad, como es haber incurrido en culpa o negligencia"¹⁵⁸. Se produce, desde estos postulados, una ruptura de un binomio tradicionalmente inseparable (responsabilidad y culpa) en el terreno de la responsabilidad en general, al admitir la imputación del incumplimiento al deudor en casos distintos al dolo y a la culpa¹⁵⁹.

¹⁵⁶DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.II, p.577.

¹⁵⁷JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, op.cit., p.107.

¹⁵⁸PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, op.cit., 1985, T.I, vol.2º, p.410.

¹⁵⁹Sobre esta cuestión, señala DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, op.cit., T.II, p.579) que las tesis que rompen con la tradicional equiparación entre culpa y responsabilidad "pueden tener un indiscutible apoyo en los arts.1182 y 1184 CC, que liberan al deudor de la obligación y, por tanto, de todas sus consecuencias, si se ha producido la pérdida de la cosa debida, en las obligaciones de

La problemática de la responsabilidad contractual y su fundamento más allá de su mera exposición rebasa los objetivos de esta breve exposición de carácter introductorio. En todo caso, cualquiera que sea la postura acerca de las condiciones de imputación del deudor, y como quiera que la afirmación de la responsabilidad en los supuestos de culpa y dolo es cierta, es preciso traer a colación los artículos 1102 a 1104 del Código civil.

El artículo 1104 define legalmente la culpa o negligencia del deudor en los siguientes términos: *"la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar"*. Se define así la culpa del deudor por oposición al concepto de diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones que no es otra, salvo que expresamente se requiera una mayor, que la diligencia media o normal, la del buen padre de familia o la del buen ciudadano, para cuya valoración -en realidad se trata de un concepto abstracto- se ha de tener en cuenta las condiciones concretas del caso. Se define, en fin, la culpa leve y concreta.

Por su parte, en íntima conexión con el precepto anterior, el artículo 1103 sienta el principio de la exigibilidad de la culpa o negligencia en las obligaciones, matizando, no obstante, la posibilidad de que los Tribunales moderen tal exigencia. El artículo 1102 reitera aquél principio para el dolo, si bien su declaración resulta más tajante, a la luz de su segunda parte, en la que sanciona con la nulidad la renuncia a la acción procedente del incumplimiento doloso.

Si la determinación de los supuestos en los que el deudor responde es polémica, no lo es sin embargo la configuración de aquellos casos en los que el deudor resulta exonerado del cumplimiento. El artículo 1105 especifica como causas de exoneración del deudor dos

entrega de cosas determinadas y, en las obligaciones de hacer, cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible". Pero, como reconoce el mismo autor, presentan ciertos problemas en nuestro Derecho, como el de la definición de la imposibilidad sobrevenida y, al tiempo, el de la reducción del papel de la diligencia en el cumplimiento y en el caso fortuito a "elemento del supuesto de hecho de la imposibilidad sobrevenida".

supuestos, vinculados ambos a la idea de imprevisibilidad e inevitabilidad¹⁶⁰:

"Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos fueran inevitables".

Según esta norma que encierra, según el parecer doctrinal dos supuestos liberatorios diferentes, a saber el caso fortuito y la fuerza mayor, el deudor quedará exonerado si prueba que el incumplimiento de la prestación tuvo su causa en la ocasión de tales eventos imprevistos. Sin embargo, pocos autores son los que en realidad consideran relevante la distinción, heredera del Derecho romano, entre los dos conceptos que encierra la norma, aunque ha habido teorías diferenciadoras¹⁶¹ y, en general, y en un plano teórico a la vez, se entiende que la fuerza mayor representa "un tipo cualificado de caso fortuito"¹⁶².

¹⁶⁰Para valorar la inevitabilidad de los fenómenos liberatorios a los que nos referimos es necesario partir de la propia conducta del deudor, conducta que como señala JORDANO FRAGA (*La responsabilidad...*, op.cit., p.218), "viene normalmente medida con un patrón de conducta diligente (el buen padre de familia), riguroso y capaz de asumir contenidos diversos acordes con la naturaleza de la prestación". Así, continúa el autor, "la inevitabilidad no se deduce de las características abstractas de tal evento, sino de la confrontación de la conducta del deudor con el grado de diligencia por él debida en una determinada relación obligatoria y en el marco de unas concretas circunstancias de cumplimiento (carácter relativo y elástico de la diligencia como criterio de conducta)".

¹⁶¹En este sentido TRAVIESAS ("La culpa", *R.D.P.*, 1926, p.282 y ss.) realiza un recorrido a través de las teorías de algunos autores que han llevado a cabo la distinción entre los dos conceptos, teorías que van desde la consideración del origen del evento del austríaco EXNER -si este se produce en el ámbito interno de la empresa sería caso fortuito, mientras que si la procedencia es externa estaríamos ante la *vis maior*- hasta las que concuyen que el caso fortuito es evento humano y la fuerza mayor no. Por su parte SOTO NIETO (*El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Barcelona, Ed. Nauta, 1965, pp.21 a 27), ha clasificado sistemáticamente los criterios generalmente enunciados diferenciadores entre caso fortuito y fuerza mayor: "según el origen o causa del evento impeditivo; según que el efecto del hecho recaiga sobre la prestación o sobre la persona del deudor; atendiendo al grado de evitabilidad del suceso, según sea el acaecer inherente a la actividad del deudor o absolutamente extraño a la misma".

¹⁶²CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil...*, op.cit., T.III, p.261. En el mismo sentido, ALBALADEJO (*Derecho civil*, op.cit., T.II, vol.1º, p.172) declara que "en nuestro Derecho la frontera entre el caso fortuito y la fuerza mayor se traza habida cuenta únicamente de la mayor o menor gravedad del suceso".

2.2. Relevancia de los pactos limitativos en el ámbito de la responsabilidad contractual

Concluido el breve recorrido por el régimen de responsabilidad contractual, se plantea la cuestión que verdaderamente nos atañe cual es la de averiguar si las partes pueden modificarlo hasta el punto de excluir la responsabilidad prevista legalmente. No obstante, y aun anticipando una respuesta afirmativa a la cuestión planteada, trataremos primero de explicar la relevancia que estos pactos poseen en el ámbito de la responsabilidad contractual, o, en otras palabras, la función que pueden desempeñar en el particular terreno de la responsabilidad contractual.

En primer lugar, y como cualquier otra previsión de las partes, coadyuvan en la disciplina jurídica contractual. Los pactos de modificación del sistema de responsabilidad contractual colaboran en la tarea de reglamentar intereses según lo que más convenga a los contratantes; "son, en suma, instrumentos que las partes utilizan para establecer un equilibrio en la economía interna del contrato"¹⁶³, de acuerdo con el poder que se les confiere desde el Derecho.

Si el ordenamiento jurídico ha previsto que el riesgo de incumplimiento de las obligaciones se reparta de acuerdo con determinados criterios, y así se ha definido en los artículos 1101 y siguientes del Código civil, las partes, en vista de sus circunstancias personales y de acuerdo con los artículos 6.2 y 1255 C.c., pueden transferir total -cláusula de exoneración- o parcialmente -cláusula limitativa- los riesgos contractuales al acreedor de la obligación. Como señala GALGANO¹⁶⁴, el enfoque comercial que pesa sobre estas cláusulas implican que se conviertan en un instrumento óptimo de reparto del riesgo

¹⁶³JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, op.cit., p.321.

¹⁶⁴GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, 2ªed., Milano, Ed. Cedam, 1993, T.II, vol.2º, p.64.

empresarial derivado de la contratación¹⁶⁵, lo cual puede también determinar una distribución de los beneficios entre las partes contratantes¹⁶⁶.

Esta idea nos conduce al análisis de la función económica de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, precisando, no obstante, que dicho análisis es perfectamente extrapolable a la realidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad extracontractual.

La interacción entre el factor jurídico y el factor económico resulta hoy por hoy innegable, si bien la relación entre ambos no es una novedad del sistema jurídico actual. Pero, casi en los albores del siglo XXI, se puede afirmar la circunstancia de que el sistema económico se encuentra fuertemente condicionado por el Derecho, hasta el punto de configurarse como "uno de los medios decisivos para que el Estado pueda *organizar* los procesos de mercado (regulación) y para que pueda *intervenir* en ellos (manipulación)"¹⁶⁷.

Esta simbiótica relación, idéntico condicionamiento se observa respecto del Derecho al sistema económico, conduce al establecimiento de nuevas perspectivas a la hora de analizar los fenómenos jurídicos y legítima, en cierta medida, el análisis de la función económica de las instituciones jurídicas. El examen de estas instituciones puede, entonces, realizarse desde la óptica de su utilidad o función económica; trasladando las coordenadas económicas (reducción de costes, criterio de eficiencia, equidad) a la figura jurídica objeto de análisis se llegará a una nueva dimensión y a una mejor comprensión de aquélla, en un intento de buscar

¹⁶⁵Incide en esta idea GARCÍA AMIGO (*Cláusulas limitativas...*, op.cit. p.21) cuando señala que "la disciplina de responsabilidad contractual inherente a las relaciones entre empresas gigantescas y los particulares adquirentes de sus productos o usuarios de sus servicios sea en parte diversa que aquélla que presentan los Códigos civiles vigentes [...]; para ello es preciso sustituir en alguna forma y en la medida de lo posible la regulación legal de la responsabilidad contractual". Asimismo YATES (*Exclusion clauses in contracts*, London, Sweet & Maxwell, 1978, p.2) comparte esta idea, incidiendo en el eventual efecto positivo que puede tener para el contratante las exclusiones de responsabilidad contenidas en condiciones generales - "*as well as being a tool of consumer oppression, it is a tool of commercial convenience*"- en tanto que fomentan un control de los riesgos asumidos por el empresario, lo cual puede tener efectos beneficiosos para el consumidor.

¹⁶⁶Cfr. YATES, D., *Exclusion clauses...*, op.cit., p.7.

¹⁶⁷REICH, N., *Mercado y Derecho*, trad. por A. Font, Barcelona, Ed. Ariel, 1985, p.29.

la ansiada relación entre la eficiencia y la justicia¹⁶⁸.

Para abordar, según lo expuesto, la utilidad económica de las cláusulas restrictivas de responsabilidad (ya contractual ya extracontractual) es preciso partir de dos premisas que resumen, en cierta medida, el estado actual de la responsabilidad civil.

Por un lado, la esencia del instituto de la responsabilidad civil, al margen de otras finalidades que se le atribuyan¹⁶⁹, nos conduce a la idea de la reparación de daños. Así, en términos generales, la consecuencia de la producción de un daño, sea éste contractual o extracontractual, debe ser la responsabilidad del agente que lo ha causado, siempre que se den las condiciones de imputabilidad y causalidad necesarias.

Pero, de otro lado, se hace necesario analizar la tipología actual del daño. El maquinismo, la producción en masa de bienes y servicios, las nuevas industrias son factores

¹⁶⁸Cfr. POSNER, R., *Economic analysis of Law*, 3ª ed., Boston-Toronto, Ed. Little Brown and Company, 1986.

¹⁶⁹En este sentido, VINEY (*Traité de Droit civil. Les obligations. La responsabilité: conditions*, dir. por J. Ghestin, Paris, Ed. L.G.D.J., 1982, p.16) otorga también una marcada finalidad moralizante de los comportamientos sociales: "*Mais, comme la responsabilité pénale, la responsabilité civile est la conséquence et, d'une certaine manière la sanction d'une acte illicite et moralement répréhensible*". Como acertadamente resume YZQUIERDO TOLSADA ("Responsabilidad por daños: pasado, presente y futuro", *Actualidad Informática Aranzadi*, junio 1994, p.3) la finalidad moralizante más bien se remonta a un sistema de responsabilidad civil basado exclusivamente en la culpa, el cual está lejos de la realidad actual. En tal sistema "lo importante no era tanto asegurar a la víctima de un daño su derecho al resarcimiento, sino procurar una moralización de los comportamientos individuales", ya que "en el conflicto entre el causante del daño y la víctima la obligación de reparar sólo era la calificación del hecho como algo reprochable, ligero y negligente". No obstante, BUSTOS PUECHE ("Sobre los límites de la autonomía privada en el Derecho civil", en AA.VV., *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, coord. por L. García San Miguel, Universidad de Alcalá de Henares, 1995, p.149) se muestra ciertamente crítico con la tendencia del Derecho de daños al resarcimiento de los daños y a la protección de la víctima, a veces sin consideración de quién es el verdadero culpable y si existe realmente, en otras palabras, con la tendencia a la objetivización de la responsabilidad. "Convengo en que hay supuestos en los que ante ese conflicto de intereses y de valores en juego hay que optar por la responsabilidad objetiva, pero de ahí a aceptar como criterio casi general que siempre que se produzca un daño hay que encontrar a un responsable -entiéndase a un responsable solvente que parece ser a veces la única aspiración de los Tribunales- y que semejante criterio reciba los aplausos de la doctrina, como ejemplo de progreso social y sensibilidad para el necesitado, hay un largo trecho que, modestamente, por ahora al menos, no estoy dispuesto a recorrer".

que propician la aparición de riesgos y, consiguientemente, de daños cada vez más importantes y de mayor cuantía. Asimismo, aquellas condiciones provocan que los daños no sean siempre consecuencia de un hecho del hombre, o de lo que el artículo 1902 C.c. denomina "acción u omisión". En numerosas ocasiones, como señala SANTOS BRIZ, "un fallo en las máquinas apenas podrá considerarse acción humana"¹⁷⁰.

La conjunción de estas dos ideas, el principio de reparación de los daños causados y las nuevas circunstancias del daño, han convulsionado el principio general de responsabilidad civil -se llega a hablar, incluso, de crisis del sistema-. Se han resaltado varias características de la situación que atraviesa ahora la institución. En primer lugar, el resarcimiento de los daños cobra naturaleza de imperativo social, imponiéndose, así, como ha declarado DÍEZ-PICAZO, "como una exigencia ineludible la necesidad de otorgar una protección y una defensa más vigorosa a la persona"¹⁷¹. En segundo lugar, se ha comprobado la transformación de la clásica responsabilidad personal o individual a otras formas de responsabilidad colectiva, auspiciada por el desarrollo de los seguros de responsabilidad civil. Asimismo, existe una tendencia, todavía referida a ámbitos concretos, a la objetivación de la responsabilidad, debido a la insuficiencia de la culpa como criterio de imputación en supuestos donde la prueba del actuar negligente resulta especialmente difícil.

En este estado de cosas se constata el enfrentamiento entre la idea de reparación de los daños, independientemente, muchas veces, de la existencia de culpa en el dañante, y lo gravoso que resultan las indemnizaciones en un mundo presidido por la tecnología. Precisamente con ocasión de resolver la tensión aludida se ha puesto de relieve la utilidad

¹⁷⁰SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, op.cit., T.I, p.10.

¹⁷¹DÍEZ-PICAZO, L., "La responsabilidad civil hoy", *A.D.C.*, 1979-I, p.732. En el mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA ("Responsabilidad por daños...", op.cit., p.3) pone de manifiesto la asunción de estos presupuestos por la jurisprudencia. "No es entonces sorprendente que la jurisprudencia de los Tribunales haya sufrido un giro espectacular desde finales del pasado siglo y comienzos del actual. Si antes se decía que *no hay responsabilidad sin culpa*, la nueva realidad, con sus exigencias de defensa vigorosa de la persona, reclama una respuesta que tienda no ya a castigar los comportamientos negligentes o reprobables, sino a que las víctimas encuentren a toda costa un patrimonio responsable: *que todo daño quede reparado*".

de las cláusulas exoneratorias y limitativas de la responsabilidad civil.

Ante los costes originados por las indemnizaciones derivadas, por ejemplo, de un producto defectuoso la primera interrogación que se plantea es quién debe hacerse cargo de ellos. Esta cuestión puede ser contestada fácilmente: el productor. Sin embargo, ante determinados productos peligrosos, *vgr.* medicamentos, la respuesta no resulta tan sencilla, ya que parece ilógico, en términos económicos, que los daños que acarreen productos de este tipo, que suponen un claro beneficio para los consumidores, sean asumidos exclusivamente por los productores de aquéllos (lo cual podría provocar un freno en la investigación ya que ninguna empresa farmacéutica estaría dispuesta a responsabilizarse de los daños que medicamentos en fase experimental pudieran producir). Desde esta perspectiva, sería más "justo" -quizá sólo más eficiente- hablar de una distribución de los costes derivados de la responsabilidad civil entre los sujetos que se benefician económicamente de este o aquel producto¹⁷².

La idea de la distribución o fraccionamiento de las pérdidas entre muchos individuos preside el razonamiento de quienes abogan por la utilización de cláusulas de exoneración de responsabilidad¹⁷³ como medio eficaz para liberar a la empresa, en general, de los gravosos efectos de los accidentes. La posibilidad de contratar sobre el resarcimiento y la exoneración de responsabilidad, internalizando de este modo los costes derivados de los accidentes, fomentaría la imputación de parte de las pérdidas a los adquirentes de los productos, lo que

¹⁷²Se podría correr el riesgo en otro caso "de pasar de la situación de las *víctimas indefensas* de años atrás a la peligrosa situación de los *profesionales indefensos*" (YZQUIERDO TOLSADA, M., "Responsabilidad por daños...", *op.cit.*, p.3).

¹⁷³Otros sistemas que propician el fraccionamiento de los costes son el de Seguridad social y los seguros privados. Éste último, ya generalizado e incluso obligatorio en ciertos sectores -vehículos-, es el modo más eficiente de distribución de los daños ya que en él concurren normalmente "un fraccionamiento temporal de los daños, un limitado fraccionamiento personal de los mismos o comunidad de riesgos y un cierto grado de concentración de pérdidas conforme a la probabilidad de los siniestros" (CALABRESI, G., *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*", trad. por J. Bisbal, Barcelona, Ed. Ariel, 1984, p.62). También vid. SCHÄFER, H-B. y OTT, C., *Manual de análisis económico del Derecho civil*, trad. esp., Madrid, Ed. Tecnos, 1986, p.160 y ss.; TORRES LÓPEZ, J., *Análisis económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987, p.60 y ss.

implicaría, a la postre, un fraccionamiento de las pérdidas bastante amplio¹⁷⁴. Y ello porque la internalización de estos costes determina su negociabilidad *a priori* y la aptitud para calcularlos previamente, permitiendo así su reducción -con eventuales efectos en los precios-

175

Sin embargo, el sistema de la utilización de las cláusulas exoneratorias como distributivo de los costes tropieza con serios inconvenientes, no ya de índole jurídica -el uso de tales cláusulas se limita cada vez más por el las normas imperativas, sobre todo en el ámbito del Derecho de consumo-, sino también, como reconoce CALABRESI, de orden práctico, ya que tales acuerdos -relativos a la modificación convecional de la responsabilidad- "son, a menudo, imposibles de alcanzar"¹⁷⁶.

¹⁷⁴CALABRESI, G., *El coste de los accidentes...*, op.cit., p.66. Los efectos beneficiosos que desde el plano financiero suponen las cláusulas de exoneración de responsabilidad -permiten el progreso tecnológico y abaratan los costes de producción- son también analizados por AYNES, L., "Droit français", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires...*, op.cit., p.8 y MAZEAUD, H., L., J., *Lecciones de Derecho civil*, Buenos Aires, Ed. Jurídica Europa-América, 1960, parte 2º, vol.2º, p.431. La función económica de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad en relación con el ámbito empresarial ha sido también puesta de manifiesto por MARINA GARCÍA-TUÑÓN (*El control de las cláusulas de exclusión de la responsabilidad en las condiciones generales de contratación*, tesis inédita (extracto), Universidad Autónoma de Madrid, p.25 y ss.) al señalar que "las cláusulas de exclusión son verdaderos elementos de política económica al lograr un resultado positivo en el tráfico jurídico-empresarial"[...]. Desde un punto de vista interno, sirven para el cálculo matemático del coste de producción del bien o servicio objeto del tráfico de la empresa [...], y , en menor medida, serán un factor reductor del precio final, racionalizando toda la actividad comercial de la empresa, a través de la delimitación del riesgo que conlleva toda operación de cambio [...]. Externamente, las cláusulas de exclusión también presentan un carácter racionalizador, al permitir, junto a otros mecanismos conocidos, un trato igualitario y uniforme de las relaciones negociales en las que interviene la empresa, sobre todo en cuestiones esenciales de su tráfico jurídico puesto que su objeto se centra en aspectos que pueden acarrear un indeterminado grado de responsabilidad".

¹⁷⁵Cfr. COASE, R., "El problema del coste social", *Hacienda pública española*, nº68, 1981, p.245 y ss.

¹⁷⁶CALABRESI, G., *El coste de los accidentes...*, op.cit., p.67. Como señala el autor, "es inconcebible que un automovilista trate de concertar la forma de la indemnización con cada uno de los peatones que podrían resultar dañados por su conducción, y otro tanto puede decirse de un peatón que trate de negociar la distribución de los costes de los accidentes con cada uno de los posibles conductores que podrían causarlos".

La función económica que desempeñan los pactos limitativos de responsabilidad, como instrumentos de internalización de costes, es realmente importante y explica la trascendencia del estudio de tales figuras. Pero, a la vez, nos advierte de su potencial peligrosidad para determinados sectores económicos, *vgr.* los consumidores, lo que justifica la desconfianza con la que se observan desde el Derecho.

Por último, y ya refiriéndonos en exclusiva a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual, éstas pueden cumplir otra función, cual es dotar al vínculo obligacional de seguridad jurídica, ya que, desde el momento en que al prever de forma anticipada las consecuencias de un eventual incumplimiento de la obligación, objetivan en buena medida el complicado entramado de la responsabilidad contractual¹⁷⁷. Directamente relacionado con lo precedente, suponen instrumentos de notable economía procesal: agilizan los juicios de responsabilidad ya que las consecuencias del incumplimiento han sido fijadas anticipadamente. En particular, y a título de ejemplo, es evidente que las cláusulas limitativas del *quantum* indemnizatorio evitan al juez complicadas valoraciones del daño contractual.

2.3. Breve recorrido por el estado de la cuestión en Derecho comparado

Antes de analizar la cuestión de la validez de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual en el seno de nuestro ordenamiento jurídico, hemos considerado oportuno estudiar, siquiera brevemente, el problema de su admisibilidad en el marco del Derecho comparado, a través de un recorrido por los Códigos civiles más progresivos y paradigmáticos. Como se observará, las soluciones aportadas al problema que nos ocupa por la doctrina y jurisprudencia extranjeras no distan en absoluto de las propugnadas de forma mayoritaria en España y que nosotros compartimos. Se puede anticipar que la tesis aquí mantenida, la validez en línea de principio de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual, resulta reafirmada desde una perspectiva de análisis del Derecho comparado.

¹⁷⁷Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, p.379.

El ordenamiento jurídico francés carece, como el español, de una norma de ámbito general que solucione el problema de la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad contractual. Esta ausencia de previsión normativa general, ha conducido el debate acerca de la validez de tales cláusulas al principio de libertad contractual (art.1134 del *Code*) que aparece así como argumento primero y básico de su defensa jurídica¹⁷⁸. Ante la carencia de una norma genérica que prohíba las convenciones de responsabilidad contractual el principio de libertad contractual es el apoyo más consistente para afirmar su validez. Mas esta ausencia -de regulación general- no implica la inexistencia de preceptos que contemplen la realidad de las cláusulas en el Derecho galo. En efecto, en el Derecho francés encontramos preceptos puntuales que proscriben en determinados contratos o en circunstancias especiales la concurrencia de cláusulas restrictivas. Pues bien, de la existencia de tales normas se ha extraído *a contrario* un principio general de validez de las cláusulas modificativas de la responsabilidad¹⁷⁹, que coadyuva en la confirmación de la legalidad de las cláusulas estudiadas.

Amén de lo precedente, de aplicación para cualquier cláusula restrictiva, se ha invocado el artículo 1150 del *Code civil*¹⁸⁰ ("*Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui on été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée*") -similar a nuestro art.1107 C.c.- para justificar la validez de las cláusulas limitativas del montante indemnizatorio, en la inteligencia de que esta norma contempla la liquidación anticipada de los daños contractuales y, por tanto, la

¹⁷⁸Cfr. MARTY, G. y RAYNAUD, P., *Droit civil. Les obligations*, op.cit, T.I, p.774; LALOU, H., *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6ªed., Paris, Ed. Dalloz, 1962, p.364; LE TORNEAU, P., *La responsabilité civile*, op.cit., p.104; PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité élémentaire de Droit civil*, op.cit., p.540; MAZEAUD, H., L. y J., y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, op.cit., p.

¹⁷⁹Cfr. VINEY, G., *Traité de Droit civil. Les obligations. La responsabilité: effects*, dir. por J. Ghestin, Paris, Ed. L.G.D.J., 1988, p.251.

¹⁸⁰Cfr. STARCK, B., ROLAND, H. Y BOYER, L., *Obligations. Contrat*, 4ªed., Paris, Ed. Litec, 1993, p.681; VINEY, G., *Responsabilité: effects*, op.cit., p.253

realidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad¹⁸¹. Asimismo, del artículo 1152 del Código de Napoleón, que consagra la validez de la cláusula penal, derivaría directamente, para algunos autores, la aprobación de las cláusulas limitativas de responsabilidad¹⁸², ya que, como explica VINEY, de aquella norma, que permite fijar convencionalmente la indemnización, se deriva que el principio de la reparación integral no es un principio de orden público¹⁸³.

En definitiva, la doctrina francesa, y también la jurisprudencia¹⁸⁴, mantienen, con excepciones¹⁸⁵, la validez, salvo disposición en contra, en el Derecho francés de las cláusulas restrictivas de responsabilidad contractual (validez que, no obstante, no puede ser absoluta sino sometida a ciertos límites -ley, orden público-).

¹⁸¹Como señala la sentencia Civ. 1re, 25 de enero de 1989 (D.1989, 11247), un daño es previsible, a los efectos del art.1150, "*lorsqu'il peut être normalement prévu par les contractants du moment de la conclusion de la convention*".

¹⁸²En este sentido, PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité élémentaire...*, op.cit., p.540; VINEY, G., *Responsabilité: effects*, op.cit., p.253

¹⁸³Cfr. VINEY, G., *Responsabilité: effects*, op.cit, p.253. En contra, D. MAZEAUD., *Le clause penale*, op.cit., p.155, no considera un argumento justificado la aplicación del 1152 a las cláusulas limitativas de la responsabilidad en tanto que éstas y la cláusula penal son dos realidades completamente distintas.

¹⁸⁴En cuanto a la evolución de la primera jurisprudencia francesa acerca de la admisibilidad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, vid, ROBINO, P., "Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine", *R.T.D.C.*, 1951. La posición de la jurisprudencia, invariable en cuanto a la validez de las cláusulas limitativas, osciló, sin embargo en cuanto a las exoneratorias. Así, éstas fueron contempladas con recelo en una primera época, concediéndoles únicamente el efecto de inversión de la carga de la prueba, aunque posteriormente se llegó a su total admisión.

¹⁸⁵VINEY (*Responsabilité: effects*, op.cit., pp.254 y 255) a pesar de admitir la validez de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, rechaza la posibilidad de que los contratantes excluyan totalmente la responsabilidad. A su juicio los artículos 1150 y 1152 -ya analizados- que podrían servir para fundamentar los pactos limitativos no autorizan la exoneración de responsabilidad. Entre la limitación de responsabilidad y sus exclusión no sólo existe una limitación de grado sino de naturaleza. Las cláusulas exoneratorias afectan a la existencia misma de la sanción civil en materia contractual e indirectamente ponen en peligro el principio de la fuerza obligatoria de los contratos. Todas estas razones, consideradas por la profesora como verdaderas objeciones de orden jurídico, explican su posición en contra de las cláusulas elisivas de la responsabilidad.

El Derecho italiano sí cuenta, por el contrario, con una norma que resuelve la cuestión, al menos en lo que respecta a la validez general de las cláusulas. Nos referimos al artículo 1229 del Codice civile, que prescribe que "*È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazioni di obblighi derivanti da norme de ordine pubblico*".

El precepto transcrito, que positiviza una regla ya consagrada en la doctrina y jurisprudencia italiana vigente con el Código de 1865 por la cual se denegaba eficacia a las cláusulas de exoneración en caso de dolo y culpa grave¹⁸⁶, confiere *a contrario sensu* plena validez a los pactos modificativos de la responsabilidad en caso de culpa leve del deudor. La previsión expresa de la disciplina de las cláusulas de exoneración y de limitación -que el art.1229 sujeta a idénticos límites- resta polémica al interrogante acerca de la validez, en línea de principio, de estas cláusulas, confirmada por la unanimidad de la doctrina¹⁸⁷.

También en el Derecho suizo se ha visto solventada la cuestión en sede legislativa. El artículo 100 del Código suizo de las obligaciones considera nula toda estipulación que libere por anticipado al deudor de la responsabilidad en caso de dolo o culpa grave; pero, se permite la exclusión convencional de la responsabilidad en los supuestos de culpa leve, aunque, al tiempo, se faculta al juez para, en virtud de su poder de apreciación, declarar nula la cláusula de exoneración si el acreedor, en el momento en consintió la exoneración de su deudor, se encontraba a su servicio o si la responsabilidad se ha ocasionado en el ejercicio

¹⁸⁶Por todos, vid. CHIRONI, C.P., *La colpa nel Diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, 2ª ed., Torino, Fratelli Bocca Ed., 1925, p.219.

¹⁸⁷Cfr. BENATTI, F., *Contributo allo studio delle clausole...*, op.cit.; BESSONE, M., "Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza", *Riv.Dir.Comm.*, 1974-I, p.323 y ss.; BIANCA, M., "Dell'inadempimento delle obbligazioni", op.cit., p.397 y ss.

de una actividad industrial que cuente con autorización administrativa¹⁸⁸.

Más controvertida se plantea la cuestión en Portugal a la luz del artículo del art. 809º del Código Civil ("*É nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no nº2 do artigo 800º*"), que prohíbe la renuncia anticipada por el acreedor a los derechos derivados del incumplimiento del contrato, entre los cuales se halla el derecho al resarcimiento de los daños.

Dos interpretaciones han sido las propugnadas por la doctrina. Una de ellas, más acorde con el tenor literal de la norma expuesta, considera nulas las cláusulas de exoneración de la responsabilidad del deudor, al constituir éstas renunciaciones anticipadas del acreedor al resarcimiento de los daños contractuales. Como explica ANTUNES VARELA¹⁸⁹, "*querer seriamente constituir a obrigação e despoja-lá á nascença dos meios coercitivos que dao vida á sua condição jurídica seria unha especie do sim e do nao que o direito nao pode sufragar. A validade da renuncia antecipada equivaleria a retirar o carácter ilícito á conduta que a lei considera como tal*".

Desde una interpretación restrictiva de la prohibición de la norma -fundamentada en antecedentes históricos y en el Anteproyecto del Código portugués¹⁹⁰- y desde la

¹⁸⁸Literalmente señala el art.100 del Código de las obligaciones suizo: "*Est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave. Le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier, au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité. Les règles particulières du contrat d'assurance demeurent réservées*".

¹⁸⁹ANTUNES VARELA, J.M.: *Das obrigações em geral*, Coimbra, Ed. Almedina, 1993, p.138 y ss.

¹⁹⁰El Anteproyecto citado, suscrito por VAZ SERRA, contemplaba una norma en términos similares a los de art.1229 del Codice civile italiano, prohibiendo las convenciones de irresponsabilidad en caso de dolo y culpa grave y en las hipótesis de violación de obligaciones de orden público. La segunda revisión ministerial del Código que dió lugar al actual art.809º, con espíritu omnicompreensivo, prescribió la nulidad de las cláusulas de renuncia no a la responsabilidad

asimilación de dos conceptos: responsabilidad e indemnización, PINTO MONTEIRO¹⁹¹ defiende la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad en el supuesto de culpa leve. La concurrencia en la obligación de un pacto de irresponsabilidad por culpa leve del deudor no impide la exigibilidad del crédito ni contradice el sentido jurídico de aquélla. Según esta postura, la cláusula de exoneración de la responsabilidad, concebida ésta como derecho indemnizatorio, dejando indemne otros derechos del acreedor frente al incumplimiento del deudor, no contravendría el espíritu y fundamento del 809º.

El Derecho alemán guarda cierta simetría con el nuestro a la luz del §276.2 BGB que prescribe: *"El deudor, en tanto no esté determinada otra cosa, ha de responder del dolo y de la culpa [...] La responsabilidad a causa del dolo no puede ser anticipadamente dispensada al deudor"*¹⁹². De esta norma, en conjunción con el parágrafo 278 relativo a la responsabilidad por el hecho del otro, la doctrina ha deducido la viabilidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en el ámbito contractual ya sea por el hecho propio o por el de los auxiliares en el cumplimiento, siempre que no trasciendan del terreno de la negligencia (*Fahrlässig*)¹⁹³.

Finalmente, un breve apunte acerca de la cuestión en el *Common Law*. La concepción

en sentido estricto sino a cualquier derecho que el acreedor tiene ante el incumplimiento contractual. Cfr. PINTO MONTEIRO, A., "Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil", separata do nºXXVIII, do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1985, pp.162-165.

¹⁹¹PINTO MONTEIRO, A., "Cláusulas limitativas e de exclusão...", op.cit., p.159 y ss.

¹⁹²El §276 del B.G.B. prescribe: *"Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Die Vorschriften der p.827, 828 finden Anwendung."*

Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden".

¹⁹³En este sentido, ENNECCERUS y LEHMAN (*Derecho de obligaciones*, trad. esp. de la 35ª ed. alemana, Barcelona, Ed. Bosch, 1947, vol.1º, pp.223 y 224) señalan que "el deudor responde siempre del dolo y de la negligencia grave, y la responsabilidad por el propio dolo no puede ser excluida por anticipado mediante pacto especial pues éste sería contrario a las buenas costumbres [...]. *Salvo pacto especial*, el deudor responde de toda culpa". En el mismo sentido, SCHMIDT-SALZER, J., "Les clauses limitatives ou exonératoires en droit allemand", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité...*, op.cit., pp.46 y 47; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Verlag CH Beck, 1995, p.349 y ss.

en el Derecho anglosajón de la responsabilidad contractual como un sistema objetivo, en el cual la promesa de contrato implica ya la garantía de un resultado, ha imprimido un especial rigor a la responsabilidad del deudor, lo cual ha supuesto una explosión de las cláusulas restrictivas en la contratación en aras a atenuar la severidad del régimen del incumplimiento contractual.

La validez de los pactos convencionales de la responsabilidad contractual se fundamenta en un férreo convencimiento de la libertad contractual como pilar básico del *law of contract*. El principio de la autonomía privada se erige en el Derecho anglosajón como regulador indiscutible de las relaciones interprivadas, siendo los límites a dicho principio auténticas excepciones¹⁹⁴. La doctrina de la *privaty of contract* es el verdadero -y suficiente- fundamento a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad.

No obstante, el estricto respeto por la autonomía privada no ha sido óbice para que existan límites a la viabilidad de las cláusulas que modifican la responsabilidad del deudor. Dichos límites han sido establecidos ya por la ley -en este sentido destaca la *Unfair Contract Terms* de 1994 que restringe considerablemente la operatividad de las *exclusion clauses* en el ámbito de las condiciones generales de contratación- ya por los Tribunales a través de un control de inclusión de las cláusulas en los contratos -se exige el conocimiento fehaciente de las mismas por el acreedor perjudicado¹⁹⁵- y, sobre todo, mediante la doctrina del *fundamental breach*. Este último principio determina que el deudor que pretende la eficacia de una cláusula de exclusión no pueda beneficiarse de ella si su incumplimiento ha afectado

¹⁹⁴Cfr. TREITEL, G.H., *The law of contract*, 9ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1995, p.2 y ss.; YATES, D., *Exclusion clauses*, op.cit., p.5 y ss.

¹⁹⁵Es lo que se conoce por los requisitos de incorporación de la cláusula al contenido del contrato. Como señala LAWSON (*Exclusion clauses and Unfair Contract Terms*, 4ª ed., London, Law & Tax, 1995, p.3), la primera condición para la validez de la *exclusion clause* es que ésta esté efectivamente incorporada al contrato, incorporación que puede ser llevada a cabo por la constatación de la firma del contratante; por la razonable noticia de su existencia simple antes de la contratación o por el *course dealing*. Vid. también TREITEL, G.H., *The law of contract*, op.cit., p.196 y ss.

a las obligaciones esenciales del contrato o ha sido particularmente grave¹⁹⁶.

2.4. Defensa de la validez de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual en nuestro sistema

a) La regla general de la validez de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual

Podemos afirmar, en principio, que no existe en nuestro Derecho común ningún obstáculo para la admisión de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual, aunque tampoco hallamos, en el Código civil, una norma concreta que nos permita llegar a su validez¹⁹⁷.

Debido a la indefinición en sede legislativa de la cuestión, hemos de recurrir a varios argumentos con la intención de tratar de demostrar la viabilidad de las limitaciones convencionales de la responsabilidad, es decir, con el objetivo de tratar de constatar la posibilidad de exclusión voluntaria de los artículos 1101 y siguientes del Código civil. En este sentido, a nuestro juicio, la validez en línea de principio de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual descansaría en los siguientes puntos -al margen, por supuesto, del apoyo que ofrecen, con carácter general, los artículos 6.2 y 1255 C.c., analizados en el capítulo anterior-:

¹⁹⁶Sobre este principio, vid. TREITEL, G.H., *The law of contract*, op.cit., p.205 y ss.; YATES, D., *Exclusion clauses...*, op.cit., p.118 y ss.

¹⁹⁷Admiten en nuestra doctrina las cláusulas restrictivas de responsabilidad contractual: ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, op.cit., T.II.1º, p.163; BADOSA COLL, F., "Comentario al art.1103", en *Comentario del Código civil*, T.II, p.39; CARRASCO PERERA, A., "Comentario al art.1102" en AA.VV., *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, T.XV-1º, p.464; CASTÁN, J., *Derecho civil...*, T.III, p.250; DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Incumplimiento de la obligación", op.cit., p.180; DÍAZ ALABART, S., "Comentario al art.1103", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, T.XV-1º, p.580 y ss.; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.II, p.616; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Instituciones...*, op.cit., vol.1º, p.549; GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.16; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op.cit., p.361; PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad contractual*, Barcelona, Ed. Bosch, 1989-1992, T.II, vol.1º, p.291.

1º Los artículos 1102 y 1103 C.c. De su conjunción se extrae la validez, en línea de principio, de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual cuando el incumplimiento se derive de un acto culposo del deudor. El artículo 1102 proclama que la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones y declara nula la renuncia a la acción para hacerla exigible. "A contrario, presupone la norma que es válida la exoneración de responsabilidad por culpa"¹⁹⁸; conclusión ésta que viene refrendada por el silencio del artículo 1103 en el punto concreto de la renuncia a la acción en caso de negligencia del deudor.

De este modo, y aunque la exigibilidad de la responsabilidad en los supuestos de culpa y dolo es expresamente mencionada en el Código civil -el artículo 1102 señala que "*la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones[...]*" y el artículo 1103 declara que "*la responsabilidad que proceda de la negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones [...]*"- el corolario de la nulidad de la renuncia a la acción que se explicita en el supuesto de la responsabilidad dolosa falta en el supuesto de la responsabilidad culposa, ausencia de explicitación que podría ser considerada como sintomática de la validez de la renuncia en sintonía con la doctrina precodificadora¹⁹⁹, dos de cuyos exponentes, GÓMEZ DE LA SERNA Y VÁZQUEZ MONTALBÁN, declaraban que "como la prestación de la culpa en los contratos es circunstancia no esencial, sino natural, puede modificarse por la voluntad expresa, que podrá hacer respecto a este punto los pactos que estimen convenientes"²⁰⁰.

¹⁹⁸CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 1102 C.c.", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op.cit., T.XV, vol.1º, p.464. Análoga afirmación en TRAVIESAS, M., "La culpa", *R.D.P.*, 1926, p.291: "El Código civil español no contiene ningún precepto que excluya la posibilidad de la renuncia a la acción por culpa", y en los autores citados en la anterior nota, los cuales basan precisamente la viabilidad de las cláusulas restrictivas en el silencio del artículo 1103 C.c. frente a la prohibición expresa del art.1102 C.c. a la renuncia anticipada a la acción de dolo.

¹⁹⁹Cfr. PENA LÓPEZ, J.M., *Lecciones de Derecho civil. Apuntes de las lecciones*.

²⁰⁰GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *Elementos de Derecho civil y penal de España*, 13ªed., Madrid, Ed. Librería de Gabriel Sánchez, 1881, p.191.

2º El artículo 1104 C.c.. Al señalar en su segundo párrafo que "*cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su [de las obligaciones] cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia*", el precepto comprende la posibilidad de que la diligencia exigible pueda pactarse agravándola o, también, aliviándola, esto es, compeliendo al deudor a responder en caso de culpa levisima lo que supondría exigirle la máxima diligencia, o, por el contrario, exonerándole de responsabilidad aun el supuesto de incumplimiento culposo lo cual implicaría rebajar la diligencia del buen padre de familia²⁰¹.

Esto es, la graduación de la diligencia que permite el artículo 1104 C.c. parece confirmar la disponibilidad de los preceptos del Código civil relativos a la culpa²⁰², conclusión que resulta auspiciada también por el artículo 1013 del Proyecto de Código civil de 1851, en el cual se explicitaba la posibilidad del pacto acerca de la diligencia exigible, en los siguientes términos: "*La responsabilidad procedente de negligencia, tiene lugar en todos los contratos, cuando no se hubiere puesto la diligencia que se hubiese pactado, y en su defecto la que es propia de un buen padre de familia*"²⁰³.

²⁰¹ Así, GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.16. "Implicitamente da también un argumento en favor de las cláusulas limitativas de responsabilidad el artículo 1104 al declarar que cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia". En el mismo sentido, vid. CASTÁN, J., *Derecho civil...*, op.cit., T.III, p.250.

²⁰² Como señala BADOSA COLL (*La diligencia y la culpa...*, op.cit., p.302), "del artículo 1104,2 se deduce que la diligencia jurídicamente exigible es cualitativa (tipo) y cuantitativamente (grado) modificable por la voluntad de las partes. Lo que significa que puede oscilar dentro de un máximo, representado por la eficacia instrumental (la representada por el art. 1104,1) y de un mínimo, constituido por la propia supresión de la diligencia".

²⁰³ No obstante, comenta GARCÍA GOYENA, que "desterradas las tres especies de culpas ó diligencias, debe ser rarísimo y casi inútil el pacto especial para el caso de este artículo" (GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimp., Barcelona, Ed. Base, 1973, vol.II, p.49), comentario éste que ha suscitado el posterior de BADOSA COLL (*La diligencia y la culpa...*, op.cit., p.271), quien observa en las palabras de desconfianza de García Goyena hacia tal pacto sobre la diligencia, una confusión entre "la existencia o posibilidad jurídica de los grados (posibilidad que quedaba intacta) y la distinta prestabilidad de la diligencia según la *utilitas*, que era lo excluido. A través de la minimización del pacto derogatorio, el autor contemplaba la rigidez del artículo 1014 Pr. como prácticamente igual a la del artículo 1005 Pr., y (mucho más importante) apuntaba una tendencia hacia la calificación del grado medio de la diligencia como medida

3º El artículo 1107 C.c.. Esta norma refuerza asimismo la admisibilidad en línea de principio de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual. El artículo 1107, que contempla el problema de la causalidad de los daños sujetos a indemnización o de la "extensión del daño resarcible"²⁰⁴, distingue a tales efectos entre el deudor doloso y el de buena fe -o no doloso-. Mientras que el primero ha de responder de todos los daños que "*conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de las obligaciones*", el deudor de buena fe sólo indemnizará aquellos daños "*previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*". A pesar de que la interpretación de este artículo, para algunos desafortunado, dista de ser pacífica en la doctrina, creemos que de él se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) Configura un régimen más severo de responsabilidad para el deudor doloso que para el de buena fe, entendiendo por éste no tanto el deudor negligente sino el deudor que no ha incumplido dolosamente²⁰⁵.

b) Subordina la resarcibilidad del daño, en el supuesto del deudor no doloso, a la concurrencia de dos factores: la consecuencia directa y la previsibilidad de tales daños, factores que si bien discurren en planos cercanos no hacen alusión al mismo fenómeno, en

inderogable y cogente".

²⁰⁴DE ANGEL YAGÜEZ, R., "Comentario al art.1107", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, op.cit., p.53.

²⁰⁵La expresión "deudor de buena fe" ha suscitado numerosas críticas hasta el punto de ser conceptuada como contradictoria ya que "un deudor de buena fe sólo puede ser aquél que ha ajustado su conducta a criterios éticos, que se ha comportado correcta y honestamente y por tanto diligentemente" (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T.II, p.587). Un sector mayoritario (BADOSA COLL, F., *La diligencia...*, op.cit., p.711, CARRASCO PERERA, A., Comentario al art.1107, op.cit., pág.724; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T.II, p.587; YZQUIERDO TOLSADA, M., "Comentario del artículo 1107...", op.cit., p.851; ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, T.II, vol.1º, p.192, DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Incumplimiento de la obligación", op.cit., p.212) ha propugnado, para salvar tal discordancia, considerar al deudor de buena fe como deudor no doloso - la buena fe como negación del dolo- y no tanto como deudor que ha incumplido con culpa, integrando así, en aquel concepto el supuesto de caso fortuito, en clara correspondencia con un sistema de responsabilidad contractual en el que la culpa y el dolo no son los únicos factores de atribución (Si identificásemos al deudor de buena fe con el deudor negligente reduciríamos la aplicación de esta norma a esos dos casos de imputación).

tanto que "el deudor de buena fe no responderá de aquellos daños que no fueron previsibles al tiempo de contratar, aunque resulten ser consecuencia necesaria del incumplimiento"²⁰⁶. La previsibilidad del daño ha de referirse al momento de la constitución de la obligación y no al tiempo de incumplimiento de la misma.

c) Si la previsibilidad aparece como uno de los factores necesarios para la atribución causal de los daños al deudor, se hace imprescindible delimitar los supuestos en los que se considera previsible un daño. En este sentido, uno de los módulos de convertir la indemnización del daño en previsible podría ser precisamente la delimitación del daño mediante convención expresa que las partes efectúen a la hora de contratar, o en otras palabras, mediante las cláusulas limitativas de la responsabilidad²⁰⁷.

d) Por último, aunque se suscita la duda de si la previsibilidad afecta a la causa o tipo o a la cuantía de la indemnización -siendo más probable que aluda a lo primero²⁰⁸- lo cierto es que el artículo 1107 sienta una "excepción al principio general de quien causa un daño debe procurar su reparación íntegra"²⁰⁹. Es así que al contemplar, para el deudor de buena fe, la no aplicación del principio de reparación íntegra del daño, tal principio, como ya indicaba la doctrina francesa, deviene, insisto, en lo que al deudor no doloso se refiere, como un principio disponible que apoyaría la restricción de la responsabilidad contractual.

²⁰⁶CARRASCO, A., "Comentario al artículo 1107", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op.cit., T.XV, vol.1º, p.741.

²⁰⁷Aunque esta afirmación pudiera ser un tanto atrevida o algo chocante (el daño previsible hace más bien referencia al daño no extraordinario o al no anormal y no tanto al delimitado), lo cierto es que no sólo puede extraerse, a nuestro juicio, del tenor literal de la norma, sino de alguna aplicación concreta del mismo. Por ejemplo, pone CARRASCO ("Comentario al art.1107", en Aa.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op.cit., T.XV-1º, p.747) de relieve -al hablar de la previsibilidad del daño- que "el Tribunal Supremo afirma, con razón, que el vendedor fabricante de una máquina no puede reclamar como daño resolutorio los intereses de un préstamo bancario concertado para atender a la construcción del bien contratado, *salvo que en el contrato estuviera previsto este extremo*" (el subrayado es nuestro). De esta forma se evidencia que la delimitación contractual del daño -en este caso, para aumentar el *quantum* del daño resarcible- puede convertirlo en previsible o en imprevisible, a los efectos del artículo 1107 C.c.

²⁰⁸Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, J., "Incumplimiento de la obligación", op.cit., p.213.

²⁰⁹DE ANGEL YAGÜEZ, R., "Comentario al art.1107", op.cit., p.58.

Esta interpretación ha sido plasmada en numerosas sentencias que han hecho hincapié precisamente en la diferenciación entre deudor doloso o de buena fe *ex art. 1107* para negar o consentir cláusulas de limitación de la responsabilidad. Así, la STS 16 de julio de 1982, en términos un poco confusos, y aludiendo al artículo 1107, señala que "la responsabilidad del deudor de buena fe está caracterizada porque el *quantum* puede venir fijado por la voluntad de las partes o por ser necesaria consecuencia del incumplimiento"²¹⁰.

4º Finalmente, y siguiendo en este punto a VINEY²¹¹, de la existencia en nuestro ordenamiento jurídico numerosos preceptos que prohíben en su ámbito de aplicación los pactos de limitación y exoneración de la responsabilidad contractual, se puede extraer *a contrario sensu* un principio general de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, porque, obviamente, si éste no estuviera vigente poco sentido tendrían aquellos preceptos prohibitivos especiales.

Recapitulemos. De los artículos 1102, 1103, 1104 y 1107 del Código civil, reguladores del sistema general de responsabilidad contractual, deducimos la admisibilidad con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual, siempre y cuando no se internen en la esfera del incumplimiento doloso. Y ello en base a las siguientes reglas que de ellos se desprenden:

1º La responsabilidad del deudor que incumple dolosamente la obligación se define por su especial gravedad frente a aquél que obra sin mala fe. De ahí que el deudor doloso no pueda excluir anticipadamente su responsabilidad ni tampoco limitar la extensión del daño resarcible.

2º En cambio, la responsabilidad del deudor que no incumple dolosamente puede ser válidamente excluida o limitada. Se incluyen aquí los supuestos de incumplimiento del deudor

²¹⁰En el mismo sentido: STS 22 de febrero de 1983 y STS 23 de octubre de 1984.

²¹¹VINEY, G., *La responsabilité: effects*, op.cit., p.251. Este argumento ya fue comentado al analizar la cuestión de la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en el Derecho francés.

negligente, del que asumió el caso fortuito e incumplió, y de los restantes supuestos de contravención de las obligaciones. En especial, la posibilidad de graduar la diligencia exigible al deudor está prevista en el 1104, quedando patente, así, la licencia del ordenamiento jurídico para rebajar la diligencia del buen padre de familia y por tanto para descargar de responsabilidad al deudor que ha incumplido la obligación desatendiendo este grado de diligencia.

En definitiva, desde la conjunción de las normas que regulan la responsabilidad contractual (art.1101 y ss. C.c.) -cuya naturaleza parece, de acuerdo con estos preceptos, dispositiva- con el artículo 6.2 y 1255 C.c., puede defenderse, a nuestro juicio, la admisibilidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual.

b) La posición de la jurisprudencia

La tesis que sostenemos acerca de la eficacia en línea de principio de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual encuentra un apoyo mayoritario tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Con respecto a esta última, es preciso reconocer la ausencia de un tratamiento jurisprudencial exhaustivo sobre la figura de estudio: tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales han asumido, sin dudas pero también sin una argumentación rigurosa, la posibilidad de que las partes pacten cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad contractual y se han preocupado más por el fenómeno de las cláusulas modificativas en el seno de la contratación estandarizada.

El argumento de la STS de 10 de diciembre de 1950 que consideraba válidos tales pactos "cuando no sobrepasen los límites de las leyes: moral, orden público, precepto prohibido o fraude de ley [...] y si están en armonía con el ámbito de libertad o autonomía de las partes para regular, limitar o exonerarse de las consecuencias de la responsabilidad contractual", está presente además en las STS 23 de noviembre 1953, STS 12 de marzo 1957, STS 2 de noviembre 1976, STS 16 de julio 1982, STS 25 de abril 1984 (A.969), STS 11 de febrero 1991 (A.1192). La STS 5 de febrero 1985 (A.532) se pronuncia positivamente sobre una cláusula liberatoria de la responsabilidad derivada de un contrato de obra en el

supuesto de mora -y no de incumplimiento total- en la entrega de las naves objeto del contrato. Más rotundamente, se expresa la Audiencia Territorial de Oviedo al declarar "incuestionable" la validez y eficacia de las cláusulas de exoneración, "tanto desde un punto de vista dogmático o doctrinal como desde nuestro ordenamiento jurídico"²¹².

La jurisprudencia, que se muestra ampliamente favorable a la admisión de las cláusulas, es más cauta cuando tales pactos están insertos en condiciones generales o afectan directamente a los consumidores. Exige que el clausulado reúna las condiciones de concreción, claridad y sencillez (con posibilidad de comprensión directa, así como el sometimiento a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones), por lo que no son válidas las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, así como las limitaciones absolutas de responsabilidad. Se orienta, a su vez, hacia la posibilidad de un control judicial para poder llegar, en su caso, a la declaración de ineficacia, utilizando como filtros argumentos de aplicación general como el abuso de derecho o el enriquecimiento injusto. Alega, finalmente, la existencia de un poder excepcional de interpretación ante los contratos de adhesión, mediante el cual el Juez puede buscar el derecho objetivo superior a la voluntad de las partes, e incluso un poder de revisión para modificar el contrato de la parte injusta²¹³.

En fin, pocas son las explicaciones que se encuentran en la jurisprudencia española para sustentar la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Sin embargo, las sentencias de nuestros Tribunales, ya desde mediados de siglo, asumen como práctica contractual ajustada a Derecho la limitación o exoneración de la responsabilidad contractual²¹⁴.

²¹²SAT de Oviedo 6 de julio 1988 (*L.L.*, 1989-2, 669). En términos similares, se expresa la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 22 de junio de 1987.

²¹³Así, vid. STS 23 de noviembre 1953, STS 10 de diciembre 1950, STS 12 de marzo 1957, STS 2 de noviembre 1976 y SAT Oviedo 6 de julio 1988.

²¹⁴En este sentido, nos remitimos a las decisiones jurisprudenciales, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, citadas al estudiar la tipología de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad. Vid. *supra*, capítulo 1º, parte I.

c) Discrepancias sobre nuestra postura. Crítica y conclusiones finales

Un sector doctrinal, minoritario y ciertamente reduccionista en orden a mitigar los efectos de las cláusulas, sostiene la inadmisibilidad de las modificaciones convencionales del régimen de responsabilidad contractual sobre la base de "la imposibilidad de dejar sin efecto un régimen de sanciones establecido por el ordenamiento jurídico como reacción frente a actos de carácter ilícito, que constituyen una contravención del mismo"²¹⁵.

ESPÍN CÁNOVAS realiza una diferenciación antes de emitir un juicio sobre la validez de las cláusulas de no responsabilidad. Mientras que admite las cláusulas limitativas - en sentido estricto- al amparo del principio de autonomía de la voluntad, niega toda eficacia a las exoneratorias de responsabilidad, ya que lo contrario significaría "dejar el cumplimiento del contrato al libre arbitrio del deudor y ello implica la eliminación del vínculo jurídico obligacional"²¹⁶.

En una línea similar, DE COSSÍO insiste en los argumentos precedentes: aceptar la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa del deudor "equivaldría a desinteresar al deudor de la obligación que asumía, en cuanto se le exonera de preocuparse de su cumplimiento"²¹⁷. Indica que "si tenemos en cuenta que la culpa se presume cuando del cumplimiento de las obligaciones se trata, el alcance que realmente debiera atribuirse a las cláusulas exonerativas de responsabilidad sería el de establecer una presunción de inculpadabilidad, relevando al deudor de la carga de la prueba del caso fortuito o fuerza mayor,

²¹⁵DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.II, p.615. El autor resume así los argumentos de quienes se muestran reacios a la modificación convencional de la responsabilidad contractual, señalando a continuación que "si tales normas son puestas por el ordenamiento a disposición exclusiva del sujeto interesado, para hacer posible la satisfacción de su interés, ningún inconveniente existe para que el propio interesado establezca sobre el particular aquello que mejor le acomode" (p.616).

²¹⁶ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil*, 6ª ed., Madrid, Ed. EDERSA, 1983, p.217. Una posición semejante en DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Instituciones...*, op.cit., vol.1º, p.550: "las cláusulas que supongan renuncia a exigir en todo caso la responsabilidad por culpa deben estimarse nulas por inmorales u opuestas al artículo 1256, pues el cumplimiento de la obligación quedaría a voluntad del obligado".

²¹⁷DE COSSÍO, A., *Instituciones de Derecho civil*, op.cit., p.455.

e imponiendo correlativamente al acreedor la necesidad de demostrar la existencia de culpa"²¹⁸.

Defienden, estos autores, tras sus razonamientos una idea basilar: la exigibilidad de la diligencia al deudor como elemento determinante de la propia obligación, en el sentido de que si no existe -caso de la cláusula de exoneración de la responsabilidad- no hay obligación -ESPÍN habla de la desaparición del vínculo jurídico obligacional- y por lo tanto como inescindible del concepto de la misma. Por consiguiente, interpretan la responsabilidad contractual como la necesaria sanción de la obligación, como la consecuencia o, mejor, como la forma de procurar la exigibilidad de aquella y, por tanto, como la vía de mantener el vínculo obligacional. Sanción y obligación serían, así, las dos caras de la eficacia de la obligación.

Para la refutación del primer extremo, la exigibilidad de la diligencia como necesaria para mantener el vínculo obligacional, nos remitiremos a la respuesta que BADOSA COLL ofrece al problema de la supresión completa de la diligencia y a su consecuencia en la vinculación del deudor y el fundamento de la deuda. El autor señala que tanto una -la vinculación del deudor- como otro -el fundamento de la propia obligación- "subsisten porque la diligencia no es el único fundamento de todos estos efectos. Existe otro la no impunidad del dolo [...]. Su inderogabilidad garantiza siempre la existencia de los mismos". Es así que "el punto de apoyo mínimo *pero suficiente* sobre el que descansa la construcción de la deuda es la eliminación del dolo, entendido como voluntad dirigida a la infracción del deber jurídico objetivo (prestación debida). La esencial sancionabilidad del dolo significa que todo deudor se halla vinculado por lo menos a una actitud que excluya dicha voluntad de infracción"²¹⁹.

²¹⁸DE COSSÍO, A., *Instituciones de Derecho...*, op.cit., T.I, p.455. MALAURIE (MALAURIE, Ph. y AYNES, L., *Droit civil. Les obligations*, op.cit., p.468) se pregunta, en tono escéptico, cómo un deudor puede asumir una obligación y declararse, a la vez, irresponsable de su violación. Advierte, asimismo, de los peligros de semejantes cláusulas, incitan a la negligencia del deudor, son deshonestas e ilógicas

²¹⁹BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, op.cit., p.313. En el mismo sentido se expresa PINTO MONTEIRO ("Cláusulas limitativas e de exclusão...", op.cit., pp.214 y 217), ya que admite que es la prohibición de la cláusula de irresponsabilidad por dolo la que evita que tal cláusula

De estas palabras se deriva un importante argumento para contestar a la tesis apuntada por ESPÍN y DE COSSÍO: la sanción de la negligencia no es sustancial o inherente al concepto de obligación. La obligación jurídica es compatible con la idea de la exoneración de la culpa, siempre y cuando se mantenga la inderogabilidad del dolo.

Sin embargo, no se puede negar que la sanción jurídica por el ilícito contractual culposo protege y ampara a la propia obligación, desanimando al deudor a su incumplimiento e incitando al cumplimiento para evitar dicha sanción. No cabe duda, como señala BIANCA, que "*impegnatività e responsabilità*"²²⁰ son dos conceptos en estrecha relación, que casi se equiparan. La ausencia total de responsabilidad -aun en el caso de culpa leve- podría acarrear la conversión de la obligación jurídica en una obligación sin vinculación jurídica, en una obligación natural.

Pero, sin embargo, es preciso señalar que las cláusulas de irresponsabilidad no excluyen toda sanción jurídica, toda responsabilidad. Sólo suponen la exclusión de la sanción de la responsabilidad contractual en sentido estricto, de la sanción que emana *ex* artículo 1101 y ss. del Código civil²²¹. Dejan subsistentes, por lo tanto, las otras consecuencias del incumplimiento de la obligación constitutivas, correlativamente, de otros tantos medios de protección del crédito. Así, aun en el caso de exclusión de la culpa del deudor, la obligación no queda totalmente desprotegida. El acreedor no renuncia, mediante la cláusula de irresponsabilidad, a su protección jurídica, sino que se limita a prescindir del derecho a la

pueda afectar, de *facto*, a la naturaleza jurídica de la obligación mientras que la cláusula de exclusión de la culpa leve no desfigura el sentido jurídico de la obligación ni tampoco impide la exigibilidad del derecho de crédito.

²²⁰BIANCA, M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, op.cit., p.400.

²²¹Nos remitimos al último capítulo donde se analizan los efectos de las cláusulas restrictivas de responsabilidad y se pone de manifiesto precisamente esta circunstancia: las cláusulas de irresponsabilidad no excluyen todo efecto del incumplimiento de la obligación, únicamente la responsabilidad contractual en sentido estricto, definida en la introducción de este epígrafe.

indemnización²²². Excluye, en definitiva, la responsabilidad civil contractual en sentido estricto.

Además, no hay que olvidar que tanto la sanción jurídica -la responsabilidad contractual entendida como obligación indemnizatoria *ex art.1101 y ss. C.c.*- como la obligación que asume el deudor son dos obligaciones pertenecientes a dos preceptos esencialmente dispositivos, por lo que cabe, como vimos, su exclusión voluntaria. Apelando una vez más a la autonomía privada, deudor y acreedor están facultados para excluir la sanción que el ordenamiento jurídico vincula al incumplimiento de la obligación. La dispositividad que caracteriza a la obligación *stricto sensu* coadyuva en la legitimidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual, en tanto actos de disposición de las consecuencias de la obligación en el caso de incumplimiento.

En definitiva, creemos que es posible afirmar la validez, en línea de principio, de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual en nuestro ordenamiento jurídico.

2.5. Los pactos acerca de la responsabilidad del deudor por los hechos de sus auxiliares

Hasta ahora se ha enfocado la cuestión desde el punto de vista exclusivo de la responsabilidad "personal" del obligado por el cumplimiento. Pero, y salvo que se trate de obligaciones *intuitu personae*, el deudor, a la hora del cumplimiento de su débito, puede hacerlo directamente o por medio de otra persona. Ello constituye una prerrogativa natural de todo obligado, no perjudica en nada al acreedor, al que le es indiferente recibir la

²²²Cfr. PINTO MONTEIRO, A., "Cláusulas limitativas e de exclusão....", *op.cit.*, p.217. El autor resume así la problemática aludida en el texto: "*a cláusula de exclusão não afasta as obrigações do devedor nem autoriza a faltar ao cumprimento, sob pena de, violando-se o contrato, se praticar um facto ilícito; o cumprimento da prestação continua a ser judicialmente exigível, podendo o credor requerer, para o feito, uma sanção pecuniária compulsória, assim como pode socorrer-se de outros meios, com destaque para a exceptio non adimpleti contractus; por último, além da cláusula de exclusão não prejudicar o recurso à própria execução específica, o facto do credor de manter outros direitos -em que valua o direito de resolução-, cujo exercício não é, do mesmo modo, precludido pela dita cláusula*".

prestación debida en manos del deudor o de un subordinado suyo, y permite la agilización del tráfico jurídico al multiplicar las formas de atender al cumplimiento de las obligaciones²²³.

De la misma forma que el deudor, cuando cumple personalmente, puede limitar o incluso exonerar su responsabilidad mediante cláusula inserta en el contrato, también le es posible liberarse de las consecuencias del incumplimiento de su dependiente, cuando se sirve de él para llevar a buen fin sus obligaciones. En ausencia de previsión legal al respecto²²⁴, los argumentos para sustentar tal posibilidad son idénticos a los que nos llevaron a concluir la admisibilidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad personal del deudor.

La razón de este paralelismo es obvia; el deudor responde contractualmente por su auxiliar "en las mismas condiciones en que habría respondido personalmente de haber actuado en el cumplimiento de su obligación como lo ha hecho el dependiente"²²⁵ y no puede verse enmarcado en una posición más rigurosa jurídicamente de la que estaría si

²²³Cfr. CRISTÓBAL MONTES, A., "La responsabilidad del deudor por sus auxiliares", A.D.C., T.42, 1989, p.5 y ss.

²²⁴Sí existe, en cambio, previsión normativa acerca de la viabilidad de la limitación convencional de la responsabilidad por los hechos de los auxiliares en algunos Códigos civiles de nuestro entorno. El párrafo segundo del art.1229 *Codice civile* italiano contempla específicamente la realidad de los pactos de exclusión de la responsabilidad por los hechos de los auxiliares (responsabilidad regulada, a su vez, en el art.1228 c.c.), en los siguientes términos: "*È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonerazione o di limitazioni di responsabilità per i casi cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico*". El párrafo 278 del BGB después de poner de manifiesto el principio de responsabilidad del deudor por los actos de su representante legal y de sus auxiliares, declara inaplicable el párrafo segundo del párrafo 276, esto es, la prohibición de pactar la irresponsabilidad por culpa intencional. Asimismo el artículo 800º del Código civil portugués reza: "*A responsabilidade [do devedor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação] pode ser convencionalmente limitada mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem público*".

²²⁵JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, Ed. Civitas, 1994, p.593.

cumpliese directamente²²⁶. Si esto es así, la referida equivalencia de condiciones pasa por estimar válidos los pactos de exoneración o limitación de la responsabilidad del deudor por el cumplimiento de sus dependientes. Otra conclusión nos llevaría a calificar el cumplimiento indirecto como más gravoso para el deudor que el efectuado por el principal directamente.

Debemos aclarar que las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad por los hechos de los auxiliares, para que realmente surtan los efectos previstos, han de concluirse entre el deudor o principal y el acreedor. La figura del auxiliar es considerada, en este sentido, como extraña al nacimiento de la relación obligatoria y a su titularidad, siendo simplemente medio del que se vale el titular de la obligación para cumplirla. Es decir, "el deudor/principal, en cambio, sigue siendo igualmente a estos efectos, frente a su acreedor, el único obligado, y, en tanto que tal, único sujeto, frente a él, potencialmente responsable en forma contractual"²²⁷, y, por ello, único capacitado para poder excluir su propia responsabilidad.

La validez de las convenciones de irresponsabilidad en caso de cumplimiento de las obligaciones por los auxiliares, no parece estar rodeada de polémica doctrinal. Es unánime la postura, en la literatura científica, que consagra la admisibilidad de tales pactos²²⁸. Sin embargo, lo que no parece ser tan nítido es el alcance de esta validez; la fijación de los

²²⁶Incluso, si utilizásemos el argumento derivado del Derecho comparado, llegaríamos a la conclusión de que el deudor responde en menor medida cuando cumple la obligación por medio de auxiliar que cuando lo hace personalmente. De las normas reguladoras de la cuestión en algunos Códigos civiles europeos -vid. nota 224- se deduce precisamente que los límites para la exclusión de la responsabilidad de los auxiliares son menos rígidos que para excluir la responsabilidad personal. En definitiva, el régimen de cumplimiento indirecto no sólo no es más riguroso sino que resulta más benigno para el deudor.

²²⁷JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor...*, op.cit., p.594.

²²⁸Entre otros, CRISTÓBAL MONTES, A., *La responsabilidad del deudor...*, op.cit., p.9; GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.148; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor...*, op.cit., p.408; JIMÉNEZ HORWITZ, M., *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, Ed. Mc Graw Hill, 1996, p.244; MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, op.cit., vol.2º, p.82; MUZUAGHI, A-S., *Le déclin des clauses d'exonération...*, op.cit., p.125 y ss.; PINTO MONTEIRO, A., "Cláusula limitativas e de exclusão...", op.cit., p.396.

límites dentro de los cuales las cláusulas son válidas es, como veremos, cuestión controvertida²²⁹.

3. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

3.1. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual

La principal especialidad que presenta la responsabilidad extracontractual o aquiliana frente a la contractual es la ausencia de previa relación obligatoria entre el causante del daño y la víctima. Así, la obligación de reparar el daño causado deriva no del incumplimiento de una obligación constitutiva de una relación jurídica, entendida ésta en un sentido estricto, sino de la existencia de un acto u omisión ilícita (art.1089 C.c.), que se concretado en la vulneración del deber general de no dañar a otros.

El deber general *neminem laedere*, que afecta a todos los miembros de la comunidad y que contiene claros matices de orden público, aludiría al deber según el cual todo el mundo está obligado a observar en sus actos u omisiones una conducta idónea para impedir el daño a personas o bienes jurídicamente protegidos²³⁰; deber que sería, como indica DE CASTRO, concreción del deber general de cumplir las normas, que incumbe a todos y que representa un "deber pasivo y activo de respeto y colaboración en favor de todos los efectos de las normas"²³¹.

El artículo 1902 del Código civil, a guisa de norma secundaria, establece la sanción para la violación del deber *neminem laedere* en los siguientes términos: "*El que por acción*

²²⁹El debate gira principalmente acerca de la aplicación a los pactos de irresponsabilidad por hechos de los auxiliares del límite del artículo 1102 del Código civil. Su no aplicación, defendida por varios autores, supondría la viabilidad de las cláusulas de irresponsabilidad aún en caso de dolo o culpa grave del auxiliar. En este sentido, vid. *infra*, capítulo 2º, parte II.

²³⁰Cfr. DE COSSÍO, A., *Instituciones de Derecho civil*, op.cit., p.445.

²³¹DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, Madrid, Ed. Civitas, 1984, p.525.

u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

De esta forma, se establece el eje normativo que fundamenta la responsabilidad extracontractual, que enuncia también las condiciones generales para que ésta tenga lugar, que serían la (polémica) antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el criterio o factor de atribución, constituido por la culpabilidad en el régimen común de nuestro ordenamiento.

Sin embargo, y a pesar de cumplirse los requisitos enunciados, la responsabilidad no se derivaría en caso de que quien tiene derecho a exigirla pudiera excluirla. Uno de los cauces para proceder a tal exclusión estaría constituido por la concurrencia de pactos convencionales exoneratorios o limitativos de aquella responsabilidad. Este extremo, se presenta sin embargo muy problemático, ya que, en última instancia, plantea la posibilidad de excluir mediante un pacto la responsabilidad dimanante del deber general de no dañar a otro.

Deber de no dañar a otro que, por otra parte, encuentra otro límite en la exigencia, implícita en el sistema de responsabilidad civil extracontractual diseñado por el Código civil, de que el daño sea antijurídico²³². Si se admite la existencia de la antijuridicidad y el hecho de que constituya un elemento o requisito de la responsabilidad civil, el carácter limitativo que ésta imprime al deber general de no dañar a otro proviene de una doble vía. Por un lado, existen daños que por no suponer la lesión o violación de derechos o intereses legítimos o jurídicamente protegidos no resultan relevantes a efectos de la responsabilidad civil extracontractual²³³; por otro lado, los daños -aun siendo jurídicamente relevantes- que han sido justamente causados por concurrir una causa de justificación en su producción, los

²³²Cfr. PENA LÓPEZ, J.M., Prólogo a BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible*, Madrid, Ed. Tecnos, 1997 (en prensa).

²³³En contra, vid. PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario al art.1902", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, op.cit., T.II, p.1994.

cuales tampoco determinan el nacimiento de la obligación indemnizatoria ex art.1902 C.c.²³⁴.

3.2. Admisibilidad conceptual de las cláusulas en materia extracontractual

El primer obstáculo a la admisibilidad de las cláusulas restrictivas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual se circunscribe a un impedimento de carácter puramente pragmático. "Semejantes pactos son inconcebibles. La responsabilidad delictual se origina entre terceros, entre personas que no han tenido relaciones anteriores, que ni siquiera se conocen"²³⁵. En este sentido, no se entiende como una convención de este género puede surgir entre ellos antes de la realización del daño²³⁶.

Pero las cosas no son tan sencillas. Si bien en la mayoría de los supuestos no sería pensable que el sujeto potencialmente causante del daño y el dañado pudieran convenir sobre las posibles responsabilidades, hay casos donde el responsable eventual y la víctima, eventual también, están en relación de hecho antes de que se produzca el daño, y donde una convención relativa a la responsabilidad no es imposible imaginar entre ellos²³⁷.

²³⁴Cfr. Díez-PICAZO, L., "La responsabilidad civil hoy", op.cit., p.

²³⁵MEIGNIE, M., *Responsabilité et contrat*, tesis, Lille, 1924, pág.85, citado por MAZEAUD, H., L. y J., CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, op.cit., T.III, vol.2º, p.91. En el mismo sentido, MARTY y RAYNAUD (*Droit civil. Les obligations*, op.cit., T.I, p.783) señalan que el autor del daño y la víctima están raras veces en situación de prever anticipadamente el nacimiento del daño -extracontractual- y de estipular sobre él.

²³⁶Cfr. STARCK, B., ROLAND, H. y BOYER, L., *Obligations: responsabilité delictuelle*, 4ª ed., París, Ed. Litec, 1991, p.611.

²³⁷STARCK, ROLAND y BOYER (*Obligations...*, op.cit., p.611) aluden a la posibilidad de la existencia de estas convenciones entre el explotador de una mina el dueño de la superficie y entre propietarios de animales, coincidiendo con LALOU (*Traité pratique de la responsabilité civile*, 6ª ed., París, Ed. Dalloz, 1962, p.362) quien rescata determinados *arrêts* de exoneración convencional de la responsabilidad entre el propietario de una mina y el dueño del predio en los que, curiosamente, la jurisprudencia rompió con su línea habitual de considerar contrarias al orden público tales convenciones y la declaró lícita. MARTY y RAYNAUD (*Droit civil...*, op.cit., p.783) hablan de las posibles convenciones de responsabilidad en las relaciones vecinales y en el transporte gratuito. MUZUAGHI (*Le déclin des clauses...*, op.cit., p.209), a su vez, admite como probables los pactos sobre daños producidos en competiciones deportivas. PONZANELLI (*Le clause di esonero...*,

Desde esta última perspectiva favorable a la admisión conceptual de dichos pactos los MAZEAUD hacen girar sus argumentos en torno a las previsiones del *homme prudent*²³⁸. Éste puede prever no sólo la existencia de determinados daños en la esfera extracontractual sino también puede calcular quiénes son las personas que están más amenazadas por ellos; proponiéndoles algunas ventajas podría descargarse de su futura responsabilidad extracontractual. De este modo, advierten los mencionados autores, se puede concebir una cláusula de no responsabilidad en la esfera aquiliana, conclusión a la que se une tajantemente PONZANELLI, quien declara abiertamente que "*le clause di esonero sono perfettamente ammissibili nel settore della responsabilità extracontrattuale*"²³⁹.

Al margen de esta cuestión, y en sede de la viabilidad de estas cláusulas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, se plantea otra no menos interesante: determinar si la convención de no responsabilidad aquiliana puede alterar la naturaleza de ésta, convirtiéndola en responsabilidad propiamente contractual. Si el posible causante de un daño y su futura víctima pactan anticipadamente acerca de las posibles consecuencias del daño extracontractual, está claro que, en virtud de tal pacto, entre ambos se establecen relaciones contractuales. ¿Implicaría este pacto un cambio en la naturaleza de la responsabilidad? En otras palabras, ¿podría determinar la transformación de la responsabilidad extracontractual en contractual?

Las convenciones que se significan constituyen estipulaciones o acuerdos entre determinadas personas con el fin de excluir (o, de cualquier modo, regular) la responsabilidad en que una de ellas intuye que va a incurrir, temiendo que su actividad pueda lesionar los derechos de la otra. El lesionado presunto, deseando asegurarse de las consecuencias negativas que una eventual situación de responsabilidad le puede acarrear,

op.cit., pp.224 y 225) señala como casos típicos de exoneración de la responsabilidad extracontractual, la actividad deportiva, el transporte benévolo, y, en general, cualquier supuesto de la aceptación del riesgo.

²³⁸MAZEAUD, H., L. y J., CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, op.cit., p.92.

²³⁹PONZANELLI, G., *Le clause di esonero...*, op.cit., p.8.

negocia con posibles víctimas la exclusión (o limitación) de su (eventual) responsabilidad. Tenemos, así, que esta responsabilidad delictual- por dimanar de un acto ilícito extracontractual- aparece anticipadamente regulada por un contrato²⁴⁰.

Pero, a nuestro juicio, este contrato no va a implicar un cambio en la naturaleza de la responsabilidad: no se puede confundir responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual reglamentada convencionalmente²⁴¹. El daño hipotético no deriva de la violación de obligaciones estipuladas en ese contrato, que en realidad no contiene obligaciones en sentido técnico, sino de la transgresión del deber general de no dañar a otro. Es decir, no estamos ante un daño contractual -derivado de obligaciones previamente existentes entre las partes- sino ante un daño extracontractual.

En definitiva, "la simple circunstancia de estipularse cláusulas sobre responsabilidad civil no significa que ésta sea necesariamente obligacional: no es el hecho de estar contemplada en un contrato lo que torna contractual a la responsabilidad, sino [...] el hecho de que el deber violado sea una obligación derivada del contrato"²⁴².

En otro caso, esto es, admitiendo la virtualidad de las cláusulas restrictivas para modificar la naturaleza de la responsabilidad, estaríamos cayendo en la peligrosa tendencia, advertida por GIARDINA²⁴³, de "contractualizar" la responsabilidad en presencia de cualquier atisbo de relación contractual entre dañado y causante del daño, por mínimo que

²⁴⁰Cfr. PINTO MONTEIRO, A., "Cláusulas limitativas e de exclusão...", op.cit., p.396.

²⁴¹Cfr. MUZUAGHI, A-S., *Le déclin des clauses...*, op.cit., p.198

²⁴²JORGE, F.P., "A limitação convencional da responsabilidade civil", *B.M.J.*, nº281, pág.20, cit. por PINTO MONTEIRO, A., "Cláusulas limitativas...", op.cit., p.88. La doctrina del Tribunal Supremo coincide con la directriz expuesta, ya que considera que "no es bastante que exista un contrato para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial", STS 9 de enero 1985. También vid STS 14 de abril 1981, STS 8 de noviembre 1982, STS 9 de marzo 1983, STS 10 de mayo 1984.

²⁴³GIARDINA, F., *Responsabilità contrattuale e extracontrattuale (Significato attuale a una distinzione tradizionale)*, Milano, Giuffrè Ed., 1993, p.153.

fuese, con el consiguiente resultado de restringir demasiado el ámbito de la responsabilidad extracontractual y ampliar excesivamente el de la contractual.

Así las cosas, es perfectamente concebible la cláusula restrictiva de la responsabilidad extracontractual aunque, a la vista de la escasa jurisprudencia al respecto, pudiera parecer reducido su campo de actuación. Éste viene referido sobre todo a situaciones como relaciones de vecindad, práctica de deportes, caza, etc. en las que el responsable eventual puede representarse la posibilidad de la producción de un daño futuro a una víctima concreta.

3.3. El problema de su admisibilidad jurídica. Principales soluciones en el Derecho comparado

Cuestión diversa a la viabilidad práctica es la de su validez en el marco del Derecho, la de su admisibilidad jurídica. Sancionar la efectividad de las cláusulas objeto de estudio en el ámbito de la responsabilidad extracontractual implica aceptar la posibilidad de la exclusión voluntaria del artículo 1902 del Código civil, lo cual significaría, a la postre, la exclusión por las partes de la aplicación del *deber neminen laedere*.

Llegados a este punto surgen ya las primeras reservas en torno a la idea de la validez de las cláusulas de no responsabilidad aquiliana. El carácter de orden público de la misma ha sido el argumento más esgrimido para descartar la exclusión anticipada de la responsabilidad civil, y en él se ha apoyado durante mucho tiempo la jurisprudencia francesa en orden a vetar la injerencia de la autonomía privada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, este aparentemente sólido e indisutible apoyo fue relativizado por un sector de la doctrina gala, que intentó e intenta demostrar la legitimidad de los pactos de exoneración o limitación de la responsabilidad extracontractual.

De esta forma, al lado de la postura negatoria de efectos a las cláusulas exoneratorias de la responsabilidad aquiliana, se alza aquélla que pretende su virtualidad, la cual ha encontrado amparo, además, en un amplio sector de la doctrina italiana así como en la jurisprudencia anglosajona.

a) La tesis de la jurisprudencia francesa: el carácter de orden público de la responsabilidad aquiliana

La tradicional reacción de desconfianza de la jurisprudencia francesa desde principios de siglo frente a las convenciones de irresponsabilidad alcanza su grado más alto en el ámbito de la culpa aquiliana. Las cláusulas modificativas de la responsabilidad derivada del ilícito civil van a ser reputadas nulas por los Tribunales porque excluyen una responsabilidad "cuya fuente está en la ley (art.1382 *Code*) y, por consiguiente, en la voluntad pública. La responsabilidad aquiliana es de orden público y no puede, por tanto, ser derogada por la voluntad de las partes"²⁴⁴.

Sin embargo, la premisa sobre la que reposa la tesis de la jurisprudencia francesa -el carácter de orden público de la responsabilidad civil- fue tempranamente refutada desde numerosos frentes. Un sector de la doctrina francesa, encabezada por los MAZEAUD²⁴⁵, han suscitado sus dudas en torno al dogma en que se basa la mayoría de los *arrêts* de la *Cour de cassation* para tachar de nulas de pleno Derecho las convenciones acerca de la responsabilidad extracontractual: el carácter imperativo de esta responsabilidad. Cuando se declara que la responsabilidad delictual es obra de la ley y que esa ley es imperativa, o bien se resuelve el problema por el problema mismo- porque todo el problema consiste en determinar si los artículos 1382 y 1386 son preceptos imperativos que no admiten derogación

²⁴⁴ Acerca de esta tesis, vid. fundamentalmente ROBINO, P., "Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine", op.cit., p.1 y ss. y MAZEAUD, H., L., y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, op.cit., p.100 y ss.

²⁴⁵ A esta postura, negadora del carácter de orden público de la responsabilidad extracontractual y favorable, entonces a la admisibilidad de los cláusulas de irresponsabilidad en este sector, se han sumado entre otros: MARTY, G. y RAYNAUD, P., *Droit civil...*, op.cit., p.785 ("*En effet le dogme du caractère d'ordre public globalment attribué à la responsabilité délictuelle, même si on le réduit à la responsabilité du fait personnel, est loin d'être convaincant: il ne s'agit en définitive que d'une réparation et le plus souvent d'une réparation en argent*"); PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique...*, op.cit., p.545. LE TOURNEAU (*La responsabilité civile*, op.cit., p.125 y ss.) es algo más cauto a la hora de enfrentarse con el problema del carácter de orden público de la responsabilidad extracontractual, pero igualmente llega a conclusiones similares: "*Certes ce caractère d'ordre public est indéniable, mais il est aussi certain qu'il n'impose en aucune façon l'impossibilité d'obtenir une réparation qui, en pratique, est le plus souvent une somme d'argent*", por ello "*les conventions sur la responsabilité seraient parfaitement valables sauf faute intentionnelle ou faute lourde[...]*".

convencional-, o bien se quiere decir tan sólo que los deberes cuya violación tenga por consecuencia una responsabilidad delictual o cuasidelictual resultan imperativamente de la ley. Pero, cuando la ley impone una obligación o un deber imperativo, no resulta en modo alguno que la responsabilidad civil que sanciona la violación sea imperativa. Obligación y responsabilidad deben ser diferenciadas tanto en materia delictual como en materia contractual²⁴⁶.

Una vez desgarnados los dos aspectos de la norma del artículo 1382 (deber de no dañar, por un lado, y sanción de responsabilidad, por otro), concluyen, estos autores, que mientras el deber tiene carácter imperativo, la responsabilidad -la obligación de resarcir-, *stricto sensu*, carece de él.

Estos argumentos, y más concretamente la utilidad de la fragmentación de la norma en deber/sanción, son puestos en entredicho por MUZUAGHI²⁴⁷. En este sentido muestra la interdependencia entre los dos aspectos de la norma: la sanción imperativa es el corolario del deber imperativo. La obligación imperativa sin la sanción imperativa quedaría sin valor. Es por ello que las cláusulas de exoneración tanto en materia contractual como en materia delictual no deben tener ningún efecto en presencia de una obligación imperativa. Se puede pensar, por tanto, que la obligación imperativa implica ineluctablemente, aunque la ley no lo diga expresamente, una sanción imperativa.

Desde estas palabras se concibe la inderogabilidad de la responsabilidad civil y la nulidad de las cláusulas modificativas, posición que es apoyada por VINEY, quien pone de relieve el aspecto de orden público de la responsabilidad civil, en tanto que está inspirada en la preocupación de la comunidad de hacer respetar un cierto equilibrio entre la libertad de acción y la seguridad de los individuos y de los grupos²⁴⁸.

²⁴⁶Cfr. MAZEAUD, H., L., y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, op.cit., p.102.

²⁴⁷MUZUAGHI, A.S., *Le déclin des clauses...*, op.cit., p.212.

²⁴⁸Cfr. VINEY, G., *La responsabilité: effets*, op.cit., 1988, p.294.

Sin cuestionar las implicaciones de orden público de la responsabilidad extracontractual, se ha planteado otra cuestión, cual es la de su alcance o extensión. Esto es, ¿existe un interés público en la reparación integral de todos y cada uno de los daños injustamente producidos en la comunidad?²⁴⁹

Este interrogante se plantea a la luz de muchas otras resoluciones de la jurisprudencia francesa en las que las consideraciones de orden público, invocadas con tanta fuerza inicialmente, pasan desapercibidas, sancionando la validez de determinadas cláusulas referentes al ilícito extracontractual. Podríamos hablar, consecuentemente, de quiebras importantes en el carácter de orden público del principio de responsabilidad²⁵⁰.

²⁴⁹En este sentido, V.SERRA ("Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros", *B.J.M.*, n°79, p.408) afirma que "*a orden pública não está interessada na reparabilidade de todos os danos resultantes de factos ilícitos*". Por otro lado, la idea de limitación del principio de reparación integral de los daños no es extraña a la mayoría de los ordenamientos jurídicos, extremo que se comprueba si tenemos en cuenta las limitaciones que, en ocasiones, la propia ley establece a determinadas responsabilidades que considera de máximo riesgo, como por ejemplo la del naviero mediante instituciones como la del abandono, o la del transportista aéreo o marítimo. Pero como indica PUGLIATTI hay que efectuar una consideración, y es que la capacidad para proceder a tal limitación es atribuida a instancias más altas que los particulares, con el propósito de que los intereses de la víctima queden vigilados. De la existencia de tales limitaciones no es posible deducir la posibilidad de dejar al libre arbitrio de las partes la reducción de los criterios legales de responsabilidad, pero no tanto por respeto al principio de la reparación integral de los daños, cuanto porque la materia de responsabilidad extracontractual está presidida por el principio de interés público. PUGLIATTI, S., *Responsabilità civile*, Milano, Ed. Giuffrè, 1968, T.II, p.76 y ss.

²⁵⁰El carácter de orden público de la responsabilidad extracontractual utilizado por la jurisprudencia francesa para negar la eficacia de las cláusulas de irresponsabilidad no se aplica, sin embargo, por ésta ante otras situaciones semejantes, y carece así para la propia jurisprudencia del carácter absoluto que se le ha pretendido otorgar. Así lo ha demostrado MUZUAGHI (*Le déclin des...*, op.cit., p.208), al señalar que en el terreno de la asunción de riesgos por la víctima de un daño la imperatividad de la responsabilidad extracontractual se olvida -de hecho el potencial dañado excluye la responsabilidad aún antes de la producción del daño-, lo que implica una cierta tolerancia en orden al carácter inicialmente otorgado a la responsabilidad extracontractual. Asimismo PONZANELLI (*Le clause de esonero...*, op.cit., p.95 y ss.), en su estudio sobre el sistema francés, demuestra otra brecha en la inderogabilidad de la responsabilidad delictual: la posición de los tribunales en el extremo del cúmulo de responsabilidades, contractual y extracontractual. Éstos, en numerosas decisiones en las que se planteaba una posible concurrencia de responsabilidades, han negado el concurso, negando, también, de *forma indirecta*, el carácter de orden público de la responsabilidad extracontractual: "*indirettamente perché, nel ritenere costantemente l'inammissibilità del concorso tra le due forme di responsabilità, la giurisprudenza non ha mai fatto alcun riferimento, al carattere d'ordine publico della responsabilità delittuella*" (p.95). [...] "*La regola, per cui non può essere invocata la*

Así lo pone de manifiesto STARCK²⁵¹ quien confirma la existencia de estas decisiones excepcionales, matizando, sin embargo, que cuando los Tribunales aceptan un pacto de exclusión de la responsabilidad extracontractual lo hacen con la condición de que el daño causado no resulte "*d'une faute caractérisée, prouvée du défendeur*". Este último matiz salvaría la aparente contradicción de la jurisprudencia: lo que está prohibido como contrario al orden público es en definitiva suprimir o limitar la responsabilidad por culpa probada, porque no se puede tolerar su impunidad; la idea de la sanción, la función preventiva y represiva de la responsabilidad se oponen. Todo lo más se puede sostener que sólo merecen esta sanción las culpas caracterizadas por una cierta gravedad, dejando las demás a la apreciación del juez.

b) La proposición de la doctrina italiana: la aplicación analógica del art.1229 C.civ. en materia extracontractual

Sobre la base del concepto unitario de la culpa, esto es, equiparando el comportamiento negligente del deudor y el comportamiento antijurídico y culpable del autor del daño, la doctrina italiana posterior al Código de 1942 tiende a la admisibilidad de los pactos de exoneración de la responsabilidad aquiliana, siempre y cuando no haya mediado dolo o culpa grave del autor del daño²⁵². Por tanto, la aplicación analógica del ya estudiado artículo 1229 del *Codice civile* -con fundamento en la equiparación normativa entre las dos responsabilidades- es el principal argumento para sostener la viabilidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad aquiliana²⁵³.

responsabilité délictuelle tra le parti di un contratto nell'ipotesi di un inimpedimento commesso da una di esse, costituisce solo una spia, indiretta de la mancanza del carattere d'ordre public della responsabilità délictuelle"(p.96).

²⁵¹STARCK, B., ROLAND, H. y BOYER, L., *Obligations...*, op.cit., p.612.

²⁵²Cfr. ALPA, G., "Droit italien", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires...*, op.cit., p.139 y ss.; y BESSONE, M., "Le clause di esonero e di limitazione...", op.cit., p.326.

²⁵³La sentencia del Tribunale di Cassazione de 18 de mayo de 1954 (Foro it., 1955-I, p.1074) ha amparado expresamente esta aplicación analógica: "*il principio contenuto nell'art.1229 c.c. vale anche per la responsabilità aquiliana*".

A juicio de los autores italianos examinados, el silencio del legislador acerca de la exoneración convencional de la responsabilidad derivada del ilícito civil -el artículo 1229, como vimos, se refiere en sentido estricto a los pactos de responsabilidad contractual- no debe ser decisivo sino que ha de considerarse, en palabras de PONZANELLI, "*come un riflesso della teoria che sostiene l'inammissibilità concettuale di tale figura*"²⁵⁴, en clara alusión a la doctrina anterior al nuevo Código que calificaba de inderogable la responsabilidad extracontractual²⁵⁵.

Pero, la interpretación de ese silencio como voluntad del legislador en orden a establecer una absoluta inderogabilidad de la responsabilidad aquiliana no está justificada, a juicio de BIANCA. No es válido reclamar el interés público que se dibuja en la disciplina del ilícito extracontractual, porque este interés público, conectado a la tutela de derechos, es común a las dos esferas de responsabilidad. En definitiva, también con referencia al ilícito aquiliano puede configurarse un preventivo pacto de exoneración de responsabilidad que respete las generales condiciones de validez del negocio y que tenga, por tanto, suficiente determinación de sujeto y contenido²⁵⁶.

No obstante, en una tendencia mayoritaria de amplio favor a las cláusulas de

²⁵⁴PONZANELLI, G., *Le clausole di esonero...*, op.cit., p.204 y ss. En términos similares, BIANCA (*Dell'inadempimento delle obbligazioni*, op.cit., p.401) justifica este silencio normativo desde el momento en que la vida en relación ignora los pactos de responsabilidad extracontractual, imaginables en casos marginales.

²⁵⁵En la etapa de vigencia del Código civil de 1865 la doctrina y jurisprudencia eran contrarias a la limitación de la responsabilidad extracontractual alegando su carácter de orden público. Significativo resulta el parecer de CHIRONI (*La culpa en el Derecho civil moderno*, op.cit., T.II, p.280 y ss.) quien, pese a mostrarse partidario de la liquidación convencional de la culpa aquiliana en la que "los interesados, en previsión de la posibilidad del daño, se ponen de acuerdo para liquidar las consecuencias pecuniarias del mismo", está pensando en cláusulas limitativas o agravatorias de la responsabilidad y nunca exoneratorias como de sus palabras se desprende: "el pacto en cuestión tiene objeto y fin distinto del de la inmunidad por injuria no contractual, y si éste es contrario a la ley, que por motivos de orden público ha fijado el grado de culpa que determina responsabilidad[...]".

²⁵⁶Cfr. BIANCA, M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, op.cit., p.401. También sobre la derogabilidad de la responsabilidad extracontractual, vid., PONZANELLI, G., *Le clausole di esonero...*, op.cit., p.20.

irresponsabilidad extracontractual, se advierten posiciones más contenidas como las que mantienen CABELLA PISU, quien afirma, aunque no tajantemente, la posibilidad de aplicar el art. 1229 al terreno de los daños extracontractuales, reconociendo, no obstante, *"l'inderogabilità della responsabilità extracontrattuale, perlomeno con riferimento a taluni danni"*²⁵⁷ -que son los atinentes a la integridad física-" y GIARDINA²⁵⁸ quien, aun ofreciendo una solución positiva al problema, opina que debe ser resuelto atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto.

c) La situación en el Derecho anglosajón

Si bien no existe en el Derecho inglés una formulación clara acerca de la viabilidad de la exclusión de la responsabilidad extracontractual -derivada del *tort*-, se puede declarar que en línea de principio se admite la posibilidad de que los interesados excluyan o limiten la responsabilidad derivada del ilícito civil²⁵⁹.

No obstante, se advierten oscilaciones en la jurisprudencia inglesa. Mientras que en algunas ocasiones los Tribunales ingleses han reconocido que la cláusula de exoneración de responsabilidad sólo opera en el ámbito de la responsabilidad contractual, dejando intacta la derivada del ilícito civil, en otras resoluciones se han mostrado favorables al acuerdo de las partes excluyéndola, en base a una rigurosa protección y tutela de la voluntad contractual²⁶⁰.

²⁵⁷CABELLA PISU, L., "Clausole di limitazione o esclusione del risarcimento", en AA.VV., *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, Giuffrè Ed., 1984, pp.103 y 104.

²⁵⁸GIARDINA, F., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale...*, op.cit., p.154.

²⁵⁹Cfr. BEALE, H., "Droit anglais", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires...*, op.cit., p.156.

²⁶⁰Cfr. PONZANELLI, G., "Osservazioni comparatistiche sulle clausole di esonero dalla responsabilità civile", en AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Palazzolo*, Milano, Giuffrè Ed., 1986, p.665.

Como ejemplo de esta tendencia de reconocimiento de las cláusulas de exclusión en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el caso *Hall v. Brooklands Auto-Racing Club*²⁶¹ es ciertamente ilustrativo. El juez declaró que "desde mi punto de vista, cuando el demandado tiene la protección derivada de un contrato [la protección que le concede la cláusula de exclusión pactada en ese contrato], no está permitido desconsiderar el contrato y alegar la responsabilidad extracontractual". La cláusula de exclusión de la responsabilidad en el seno de un contrato actuaría asimismo como elusiva de la responsabilidad extracontractual que pudiera surgir en esa relación contractual, ya que, en otro caso -si se negase este efecto-, el demandante podría reclamar los daños sufridos en la vía del *tort*.

De la resolución citada y de otras similares, se llega a la conclusión de que la responsabilidad extracontractual puede ser eliminada por la *exclusion clause*, siempre, eso sí, que dicha exclusión se manifieste explícitamente por las partes en la literalidad de la cláusula y no deje lugar a dudas. En los demás supuestos, la regla general es que las cláusulas de exclusión sólo protegen de la responsabilidad derivada del incumplimiento contractual en sentido estricto y no del incumplimiento del deber de cuidado que daría lugar a la responsabilidad extracontractual²⁶².

Pero hay que señalar que se ha limitado el discurso de la validez de la exoneración convencional de la responsabilidad extracontractual a un supuesto muy concreto: la derivada del propio incumplimiento contractual. El incumplimiento de una obligación del contrato puede provocar asimismo una lesión en el *common law duty to take reasonable care or exercise reasonable skill*; esta duplicidad de lesiones -la puramente contractual y la del deber general de cuidado- ocasionaría asimismo una doble vía para la reclamación, la contractual

²⁶¹ Cfr. LAWSON, R., *Exclusion clauses and Unfair contract terms*, op.cit., p.36.: "In my view, where the defendant has protection under a contract, it is not permissible to disregard the contract and allege a wide liability in tort"

²⁶² *White v. John Warwick & Co. Ltd.* cit. por LEWISON, K., *The interpretation of the contract*, 2ªed., London, Ed. Sweet & Maxwell, 1996, p.258. En el mismo sentido, vid. LAWSON, R., *Exclusion clauses...*, op.cit., p.37; CHITTY, *On contracts*, 27ªed., London, Ed. Sweet & Maxwell, 1994, vol.1º, p. 635 y ss.; TREITEL, G.H., *The law of contract*, op.cit., p.222 y ss.

y la extracontractual²⁶³. Estamos ante la denominada concurrencia de responsabilidades y es en este ámbito donde se han estudiado los efectos de una cláusula de exoneración de responsabilidad, y se ha concluido con la posibilidad de que tal pacto afecte a la responsabilidad extracontractual.

3.4. El estado de la cuestión en España

El tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la cuestión que nos ocupa es ciertamente parco en nuestro país. Ya sea la ausencia de tratamiento legislativo de las cláusulas restrictivas de responsabilidad extracontractual -no existe una norma paralela al 1102 en el sector de la responsabilidad aquiliana-, ya la inusitada inexistencia de litigios sobre la materia han fomentado el desinterés de los estudiosos del Derecho por el problema de la exclusión convencional de la responsabilidad aquiliana.

En efecto, son escasísimas las sentencias del Tribunal Supremo que han abordado la polémica incidencia de la autonomía privada en la responsabilidad derivada del ilícito civil, las cuales han resuelto de forma negativa la cuestión de la disponibilidad de la responsabilidad civil. Destacaremos dos de ellas.

El primer pronunciamiento es el de la STS de 4 de julio de 1953, en la que el Tribunal Supremo declaró la nulidad de una cláusula de no-responsabilidad extracontractual inserta en un billete de la RENFE²⁶⁴, a propósito de una demanda de indemnización de daños derivados de un accidente de ferrocarril. El argumento del Alto Tribunal es el siguiente: "Nuestro CC admite la libertad de estipulación en el artículo 1255, al admitir que

²⁶³Hay que hacer notar que en Derecho inglés no existe la doctrina del no cúmulo de responsabilidades. En efecto, una parte puede ser responsable a la vez contractual y extracontractualmente por la misma acción y son los tribunales, en su caso, quienes deben decidir cual de las dos responsabilidades ha sido excluida. Cfr. BEALE, H., "Droit anglais", op.cit., p.156, nota 5.

²⁶⁴El billete establecía lo siguiente: "*Este billete está concedido bajo la expresa condición de que la RENFE no responde de ninguna clase de perjuicios que puedan ocasionarse al portador del mismo y demás personas en él comprendidas*".

los contratantes puedan establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral y al orden público, lo cual equivale a expresar que la libertad contractual no es omnímoda, sino que razones superiores, impuestas forzosamente para regular la coexistencia dentro de la sociedad civilizada la restringen, y este carácter limitativo lo marca igualmente el artículo 1102 al declara nula la renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente del dolo; pero aquí nos hallamos en el caso de resolver si la renuncia de responsabilidad es viable en materia penal; no ofrece duda que lo es después de cometido el delito, según la LEC; pero, realizada con anterioridad a la posible comisión delictiva, el contenido de la cláusula transcrita precisa enmarcarlo en hechos de magnitud de un siniestro originador de muertes o tan graves lesiones como las sufridas por la actora, y existe una condena penal demostrativa de la voluntad contraria a derecho en el actor de la infracción delictuosa, *presuponer la renuncia por anticipado de la indemnización corresponsadiente equivaldría a admitir un quebranto grave de los principios morales que nos rigen*, en estos términos la cuestión debatida de exoneración de la responsabilidad civil nacida de delito, antes de realizarse éste, carece de eficacia legal, sin que a ello se opongan los preceptos invocados, y al apreciarlo así la Sala sentenciadora se atuvo a la Ley²⁶⁵.

El otro pronunciamiento, más reciente, es el de la STS 5 marzo 1992²⁶⁶, en el que el Tribunal vuelve a incidir en el mismo planteamiento de forma, esta vez, tangencial. En este supuesto se planteaba la legitimidad de una cláusula por la que una entidad bancaria exoneraba de responsabilidad *ex delicto* a uno de sus empleados (asumiendo ella la obligación de indemnización) a cambio de que éste firmara un contrato determinado. El Tribunal Supremo enjuicia la cláusula contractual desde la óptica de la ausencia de consentimiento debido a la existencia de intimidación por parte del Banco, pero al tiempo declara que la estipulación sería válida porque excluye la responsabilidad frente a la entidad bancaria -la cual asumiría la responsabilidad del dependiente- porque "ésta es la única cuestión de disponibilidad privada". En esta afirmación deja entrever que la exoneración propia y total -

²⁶⁵El subrayado es nuestro.

²⁶⁶A.2390.

frente al tercero dañado- sería de *indisponibilidad privada*.

Analizando el estado de la cuestión en la doctrina española, ésta se halla dividida entre aquellos autores que estiman la indisponibilidad de la responsabilidad extracontractual fruto de la imperatividad del artículo 1902²⁶⁷, y los que no hallan inconveniente alguno en afirmar la compatibilidad de las cláusulas de irresponsabilidad aquiliana con el ordenamiento jurídico, fundando su postura en la validez de los pactos de exoneración y limitación de la responsabilidad contractual.

Desde esta segunda perspectiva, RIVERO considera que "si es posible la exoneración de la culpa contractual no se ve por qué no sea admisible atenuar tal deber de diligencia frente a las cosas ajenas: sólo en relación con la integridad de la persona parece inmoral disminuirlo, pues se trata de un extremo fuera de la disponibilidad, incluso, del propio interesado"²⁶⁸.

JORDANO FRAGA²⁶⁹, desde otra óptica, reduce el problema a una cuestión de límites. Las consideraciones de interés público de la responsabilidad extracontractual, de las que no duda, no lo guían hacia una conclusión negativa, sino todo lo contrario, y precisamente porque "la exigencia de un mínimo de tutela jurídica se plantea indistintamente sea para los derechos de crédito que para los derechos absolutos. El interés público en la afirmación e integridad de la responsabilidad existe en ambas formas de responsabilidad [...],

²⁶⁷ En este sentido se ha pronunciado DE CASTRO (*Derecho Civil de España*, op.cit., p.539): "El interés y el orden público se invocan para señalar el carácter irrenunciable de [...] los derechos o facultades sustraídas, por razones superiores, al poder de disposición del individuo (estado civil, base de los negocios jurídicos, la responsabilidad, organización de la protección jurídica, etc.)"; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.352. De forma implícita niega la modificación de la responsabilidad civil BORRELL MACIÀ (*Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, 2ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1958, p.82) al no considerar aplicable analógicamente el artículo 1102 C.c. al ámbito de la culpa aquiliana (y por tanto la regla que encierra a contrario).

²⁶⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Régimen de la responsabilidad por el hecho propio", en LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros, *Elementos de Derecho...*, op.cit., 3ªed., 1995, T.II, vol.2º, p.512.

²⁶⁹ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, op.cit., p.417.

el problema -sentada la libre autonomía de las partes- no está en establecer si cabe o no la exoneración o limitación convencionales, sino en fijar sus límites".

Sendas posiciones, a las que se suman otras ciertamente similares²⁷⁰, están conectadas por un hilo argumental común: la aplicación analógica de los principios de la responsabilidad contractual al terreno de la responsabilidad extracontractual. Este recurso es la consecuencia de toda una concepción muy propagada entre la doctrina, no sólo en España sino también en los países de nuestro entorno: la concepción unificadora de la culpa. "Cada vez van siendo más los autores que entienden que debería caminarse hacia una unificación de los regímenes, que aun distinguiendo entre las obligaciones contractuales y las extracontractuales en cuanto a su origen o fuente, concibiese la diferencias de régimen jurídico como algo de puro matiz"²⁷¹, porque si bien de un examen comparativo entre ambas responsabilidades resultan claras divergencias que aparecen nítidas en el ámbito teórico, al descender al terreno de la práctica se desvanecen con motivo de la complicación, fruto de la evolución, de la responsabilidad civil, en particular, y del Derecho de obligaciones, en general.

Si el punto capital a la hora de proceder a la calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual se halla en determinar si el daño es producido por una infracción de las obligaciones contractuales o del principio genérico *neminem laedere*, la

²⁷⁰Un planteamiento similar a las posturas comentadas es el adoptado por CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ (*La concurrencia de responsabilidades...*, op.cit., p.56), quienes, partiendo de la asimilación, a priori, de las condiciones de responsabilidad contractual y extracontractual, llegan a la conclusión de la admisibilidad de las limitaciones convencionales de responsabilidad extracontractual, pero con la peculiaridad de que restringen la operatividad de tales pactos a los supuestos en los que exista "un grupo suficientemente delimitado de víctimas potenciales". En el mismo sentido, PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad...*, op.cit., p.306: "En los presentes casos no se imponen otras limitaciones a la legalidad de las cláusulas que las que lo fueran para el ámbito de la responsabilidad contractual". Con una fórmula más amplia, SANTOS BRIZ (*La responsabilidad civil...*, op.cit., p.37) afirma que la responsabilidad puede ser excluida no sólo cuando concurren las causas legales que suprimen la antijuridicidad o la culpabilidad, sino también en ciertos supuestos mediante convenio expreso o tácito, tanto si surge por riesgo o como si se basa en la culpa.

²⁷¹YZQUIERDO TOLSADA, M., "La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual...", op.cit., p.443.

averiguación del exacto contenido contractual acaparará la máxima atención. Y precisamente esta tarea resulta cada vez más difícil y tortuosa a la luz del nacimiento de nuevos tipos contractuales (carentes, en ocasiones de un catálogo preciso de obligaciones), y como consecuencia de la oscura naturaleza, contractual o extracontractual, de la responsabilidad dimanante de determinadas categorías de obligaciones, por ejemplo las de seguridad y diligencia²⁷², y de figuras de contornos imprecisos, así el transporte benévolo o gratuito²⁷³.

Por otra parte, las diferencias de trato que provocan los Tribunales cuando conocen asuntos referentes a responsabilidad son denunciadas por YZQUIERDO, considerándolas como otra razón importante para proceder a una "moderada" unificación, al no adivinar la justicia del resultado de la mentada diferencia. Así, advierte que "es tradicional el que los Tribunales dispensen un trato de favor muy claro a la víctima del daño extracontractual. Si entre el autor de un daño y la víctima del mismo no existía contrato, el alcance del resarcimiento viene a ser casi inexorablemente integral. Pero el montante de la indemnización será normalmente menor si ese mismo daño se ocasiona como consecuencia de un incumplimiento contractual. Parece como si el hecho de existir un convenio entre las partes sugiriera al juez que los contratantes han conversado sobre sus conveniencias, han aclarado sus propósitos, han tenido ocasión de agravar, limitar o excluir determinados aspectos de la responsabilidad, de escoger incluso a otra persona de más confianza; "se han visto las caras", en una palabra, pudiendo prever los riesgos y las consecuencias del hipotético incumplimiento

²⁷²Vid. *infra*, capítulo 1º, parte IV.

²⁷³La cuestión pasaría por determinar si el acuerdo, generalmente tácito, al que llegan dos personas en los supuestos de transporte benévolo o gratuito (vgr. autostop) convierte la eventual responsabilidad en contractual o permanece su naturaleza extracontractual. En este sentido, RUIZ VADILLO ("El problema de la indemnización por daños y perjuicios en el transporte gratuito", *Documentación Jurídica*, 1967, p.11 y ss.) se muestra favorable a su naturaleza contractual apoyándose en la caracterización de la figura como un contrato mixto, de arrendamiento de servicios y comodato, añadiendo que, sin embargo, se presume que dicha responsabilidad viene tácitamente excluida mediante la renuncia implícita del viajero. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema...*, op.cit., p.477) son, al contrario, partidarios del carácter extracontractual "ya que existen deberes sociales impuestos por cortesía o nacidos de la pura benevolencia que no originan relaciones contractuales", postura a la que se suma YZQUIERDO TOLSADA (*Responsabilidad civil...*, op.cit., p.92).

[...] todo lo cual, obviamente, no sucede en los supuestos extracontractuales"²⁷⁴.

A esta razón cabe añadir otra, de orden práctico, significada por DE ANGEL. "La lectura de la doctrina europea (incluido el ámbito del *Common Law*) pone de relieve lo mucho que atormenta a los autores el deslinde entre una y otra formas de responsabilidad y lo mucho que la propia jurisprudencia se resiente de una distinción cuyo fundamento es con frecuencia tan evanescente"²⁷⁵. La relatividad de la distinción se pone de manifiesto en sectores como el de la responsabilidad por productos defectuosos o del fabricante, donde "el desenlace a que se ha llegado consiste, en definitiva, en hacer tabla rasa de la distinción entre ambas clases de responsabilidad, de suerte que lo que pasa a primer término es el derecho del consumidor a ser indemnizado sin que juegue para nada (salvo matices) la circunstancia de que la compra se haya realizado al fabricante mismo o en el último eslabón de la cadena"²⁷⁶.

Como se puede apreciar, se pretende, sin ánimo de profundizar, poner de relieve el estado de la cuestión, la dificultad de discernir en la práctica judicial la naturaleza de la responsabilidad devenida del incumplimiento de determinadas categorías de obligaciones, dificultad que pone en entredicho una inflexible distinción teórica entre los dos sistemas de responsabilidad y que origina las naturales reacciones en la doctrina en torno a la justificación de la tradicional dualidad de regímenes ocasionando, en última instancia, una clara tendencia a la equiparación de los efectos entre una y otra responsabilidad.

Aunque comprendemos, en cierta medida, tal equiparación no participamos, como trataremos de demostrar, de esta actitud en lo que respecta a la permisividad de pactos de exoneración o limitación de la responsabilidad.

²⁷⁴YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil...*, op.cit., p.447.

²⁷⁵DE ANGEL YAGÜEZ, R., "Puesto que ocupa el derecho de daños en el Derecho de obligaciones", ponencia presentada en el *Congreso internacional sobre la reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores*, Zaragoza, 15-18 noviembre, 1993.

²⁷⁶DE ANGEL YAGÜEZ, R., "Puesto que ocupa el Derecho de daños...", op.cit.

3.5. Nuestra posición: inviabilidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad extracontractual

El acercamiento del binomio responsabilidad contractual/responsabilidad extracontractual, deseable o indeseable, pero constatable, en todo caso, en la práctica, provocará un cambio de los planteamientos iniciales previstos en el Código civil. Se alcanzará el culmen de esta evolución con una regulación unitaria del resarcimiento del daño, prescindiendo de su origen contractual o extracontractual. Sin duda, la aplicación analógica de los principios de la responsabilidad contractual a la extracontractual constituye una primera etapa en este recorrido y configura, como hemos visto, piedra angular para la admisibilidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad aquiliana.

Pero, al margen de que se crea necesario limar las diferencias en torno a otros aspectos que distinguen tradicionalmente la responsabilidad obligacional y aquiliana, se podría cuestionar la bondad, tanto de *lege ferenda* como de *lege data*, del citado planteamiento²⁷⁷. Aplicar analógicamente el principio de la validez de los pactos restrictivos de responsabilidad contractual, implícito en los artículos 1102, 1103, 1104 y 1107 del Código Civil, al campo aquiliano tropezaría, a nuestro modo de ver, con las siguientes dificultades²⁷⁸:

1º/ No se puede afirmar necesariamente que existe una laguna de regulación del tema en los preceptos dedicados en el Código civil a la responsabilidad extracontractual, condición esencial para la aplicación analógica según el art. 4.1 C.c. El legislador tal y como previó la posibilidad de la existencia de tales pactos en el ámbito contractual pudo hacerlo con

²⁷⁷En este sentido, BORRELL MACIÁ (*Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, op.cit., p.82) a pesar de que reconoce que "el Título 1º es aplicable no sólo a las obligaciones surgidas de contrato sino también a las extracontractuales", precisa que "la simple lectura de muchos de sus artículos evidencia, empero, que no fue ésta la intención del legislador, ya que de su redacción se deduce que sólo a las relaciones contractuales pueden hacer referencia". Y entre ellos -entre los artículo aplicables exclusivamente a las relaciones contractuales- cita (vid.nota 16) el artículo 1102 C.c.

²⁷⁸Siguiendo al profesor PENA LÓPEZ en *Lecciones de Derecho civil. Apuntes de sus lecciones*.

respecto a la culpa extracontractual. La falta de pronunciamiento en este extremo no tiene por qué interpretarse en el sentido de vacío normativo, sino que de él se puede deducir, precisamente, la prohibición de los pactos de no responsabilidad.

Lo que sí es constatable es que estamos ante una falta de previsión del legislador ante la modificación convencional de la responsabilidad extracontractual, la cual pudiera ser interpretada de dos formas; bien como un silencio intencional del legislador (silencio elocuente²⁷⁹), del que se derivaría la ilicitud de las cláusulas restrictivas, bien como una laguna legal propiamente dicha ante la cual cabría, en principio, la aplicación analógica de la regla implícita en los artículos 1102 y siguientes del C.c., al regular no el supuesto específico, pero sí un supuesto semejante, tal y como señala el art.4 C.c.

Cierto es que no es fácil adivinar la intención del legislador. No es fácil averiguar si la comisión redactora del Código civil de 1889 "se olvidó" de pronunciarse acerca de la disponibilidad privada de las consecuencias del acto ilícito o si con su actitud omisiva quiso incorporar la inderogabilidad de la responsabilidad aquiliana. No obstante, dos argumentos parecen encaminarnos hacia la segunda solución. En primer lugar, el recurso a los antecedentes históricos y legislativos a la hora de interpretar las normas -operación facultada por el artículo 3 del Código civil- nos advierte de la ajeneidad de nuestro Derecho histórico a las convenciones restrictivas de la responsabilidad extracontractual, ya que ni en las Partidas ni tampoco en el Proyecto de Código civil de 1851 encontramos indicio normativo alguno de tales figuras. En segundo término, la minuciosidad característica de la regulación de la responsabilidad aquiliana reflejada en los artículos 1903 y siguientes del Código civil, especificadores de la regla general contenida en el artículo 1902, se torna en apoyo favorable a nuestra tesis.

Pero el hecho de que el legislador de 1889 haya omitido conscientemente la posibilidad de derogación anticipada de la responsabilidad extracontractual, que sí previó para

²⁷⁹LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ed. Ariel, 1994, p.363.

la responsabilidad contractual, no implica obligatoriamente que rechazemos la existencia de una laguna de regulación, ya que ésta podría configurarse con el paso del tiempo dando lugar a las denominadas "lagunas posteriores", las cuales surgen "a causa de que como consecuencia de la evolución técnica o económica, emergen nuevas cuestiones que ahora precisan ser reguladas en el marco del fin de la regulación y del sector de la regulación comprendido por la intención fundamental de la ley pero que el legislador todavía no ha visto"²⁸⁰. Esta laguna se constataría a través de la realidad jurídica (empírica), a través de las demandas de la sociedad urgidas por su propia evolución y ante las cuales la norma carecería de solución jurídica.

Mas tal hipótesis se diluye desde el momento en que se verifica no sólo la ausencia de casuística al respecto -únicamente hemos topado con dos sentencias que han incidido en la problemática objeto de estudio- sino la propia evolución que ha sufrido el principio *neminem laedere* que se encamina hacia un endurecimiento de sus condiciones, hacia la objetivación, hacia, en última instancia, una mayor exigibilidad de la responsabilidad aquiliana -tendencia que contradice, en cierto modo, la permisividad que suponen los pactos exoneradores o limitativos-. Como ha señalado DÍEZ-PICAZO, "la evolución experimentada por la jurisprudencia en el curso de los últimos años, hace más claro este [...] sistema de responsabilidad civil, que hoy, lejos de buscar una moralización de las conductas, trata de asegurar la reparación de los perjuicios de las víctimas. Es lo que hemos llamado el principio *pro damnato* o la idea de que por regla general todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona, deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado sólo frente al daño"²⁸¹.

2º/ Para que se pueda aplicar el recurso analógico, la norma que conforme a él va a extender su aplicación no debe tener carácter excepcional, ya que, como todas las normas de esa naturaleza no puede aplicarse a supuestos distintos de los expresados en ella, según dispone expresamente el artículo 4.2 del Código Civil.

²⁸⁰LARENZ, K., *Metodología de la ciencia...*, op.cit., p.372.

²⁸¹DÍEZ-PICAZO, L., "La responsabilidad civil hoy", op.cit., p.727.

Hay que partir del principio general de la responsabilidad y de su lógico corolario, el de su efectividad, que conduce, mientras no exista un punto de apoyo para entender que existe una excepción de la regla o principio a la aplicación de éste y a la consideración de la irresponsabilidad como prescripción excepcional²⁸².

Así, la posibilidad de renuncia anticipada a la responsabilidad contractual en los supuestos de culpa, deducida de los artículos 1102, 1103, 1104 y 1107 C.c., resulta interpretando el conjunto de las normas que regulan las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones, más bien la excepción al principio general, ínsito en toda la regulación, de responsabilidad por los daños producidos por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones asumidas, porque se opone a la *ratio iuris* de las normas reguladoras de los efectos del incumplimiento de las obligaciones, las cuales pretenden, precisamente, otorgar efectividad a aquella responsabilidad. Si esto es así, aquella posibilidad -la modificación convencional de la responsabilidad- resultaría una norma de Derecho excepcional -"Derecho excepcional es aquél cuyo principio organizador no tuvo o ha perdido el carácter general, son reglas que van *contra tenorem rationem* de la organización general [...]"²⁸³- frente a las demás normas (art. 1101 y ss.) que regulan la responsabilidad contractual u obligacional, que formarían el Derecho normal. Y precisamente por su calificación como Derecho excepcional aquella regla, que, como señala IRTI, "rompe la lógica del Derecho normal e introduce una lógica propia y distinta"²⁸⁴, carece de *vis expansiva* por lo que su aplicación analógica está prohibida²⁸⁵.

²⁸²Cfr. PENA LÓPEZ, J.M., *Lecciones de Derecho civil. Apuntes de las lecciones*.

²⁸³DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, op.cit., p.103.

²⁸⁴IRTI, N., *La edad de la descodificación*, trad.esp., Barcelona, Ed. Bosch, 1992, p.47.

²⁸⁵Ha observado sin embargo, ALBALADEJO (*Derecho civil*, op.cit., T.I, vol.1º, p.34) la existencia de sentencias del Tribunal Supremo -entre otras, cita la STS 28 de septiembre de 1968 y 24 de enero de 1970- que aplican por analogía la norma excepcional "cuando el caso no previsto caiga dentro de la misma *ratio* que justifica la no aplicación del principio general al caso exceptuado". No obstante, cree ALBALADEJO que en estos supuestos "no se estaría verdaderamente ante una norma de Derecho excepcional, sino frente a dos principios, cada uno aplicable a un sector jurídico; y la supuesta norma excepcional no sería Derecho excepcional respecto del primer principio, sino Derecho regular respecto del segundo".

3º/ El requisito de la identidad de razón entre los supuestos que van a ser objeto de la operación analógica, es exigido, asimismo por el artículo 4 del Código civil. La analogía requiere una semejanza -o igualdad esencial- entre el caso contemplado por la norma y el supuesto de hecho al que se va a aplicar. Es ésta una condición intrínseca a la operación analógica y debe referirse "no a cualquier elemento de hecho sino precisamente a aquél que el legislador tomó en consideración para establecer una regla determinada"²⁸⁶, o, en otras palabras, al "principio que sirvió de fundamento inmediato a la disposición legislativa"²⁸⁷, expresiones, ambas, que nos conducen a la noción de *ratio legis* o *ratio decidendi*.

Se impone, entonces, una "valoración jurídica"²⁸⁸ de los supuestos de hecho, en nuestro caso, delimitados por dos instituciones jurídicas: la responsabilidad contractual y la extracontractual.

En principio, hemos de apreciar que entre ambos supuestos de hecho existe la semejanza precisada por el artículo 4 C.c. Parece claro que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual son nociones, cuando menos, semejantes. Ambas instituciones regulan la resarcibilidad del daño en nuestro ordenamiento, daño que, como es sabido, puede derivar del incumplimiento de la obligación o del incumplimiento del deber general de no dañar a otro. El problema se reconduce, entonces, a dilucidar si entre ellas existe la identidad de razón que demanda el precepto para proceder a la aplicación analógica en el punto concreto de facultar las cláusulas restrictivas.

²⁸⁶CLEMENTE DE DIEGO, F., "La analogía en el Código civil español", *R.D.P.*, 1913-1914, p.373.

²⁸⁷CLEMENTE DE DIEGO, F., "La analogía en el Código...", op.cit., p.373.

²⁸⁸LARENZ, K., *Metodología de la ciencia...*, op.cit., p.374. LARENZ destaca esta operación valorativa como esencial en la analogía jurídica, que se complementaría a la vez con una operación mental lógico-formal, utilizando las categorías lógicas de identidad o no identidad. La operación valorativa, la indagación en la *ratio legis*, aleja a la analogía jurídica de un puro razonamiento lógico (de la analogía lógica). Sobre la logicidad de este argumento, vid. ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Ed. Civitas, 1986, p.38 y ss.

En este sentido, aunque las finalidades de los dos tipos de responsabilidad sean las mismas, en última instancia, resarcir al perjudicado, es opinión constante, aun entre los más radicales unificadores, que el origen o fundamento de ambas es diverso. En puridad, ambas responsabilidades tienen su origen en la concurrencia de una misma circunstancia, a saber la producción de una conducta antijurídica, culpable y dañosa. Pero aquí termina su semejanza, ya que mientras en la responsabilidad contractual aquella conducta resulta de la infracción de las obligaciones (entendidas en sentido técnico) asumidas mediante un contrato u otro título distinto, en la responsabilidad extracontractual responde a la infracción del deber general *neminem laedere*.

Trataremos, siguiendo a PENA, de acercarnos a la diferencias sustanciales entre la obligación y el deber, que pudieran aconsejar la no aplicación analógica en el punto concreto de la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. En este sentido, "mientras que la obligación en sentido técnico (obligación individual) aparece como el polo correspondiente al derecho subjetivo, los deberes en sentido estricto trascienden el campo del derecho subjetivo. Efectivamente, tratándose de deberes en sentido estricto de carácter individual son correlativos bien a facultades (vgr. art.67 y 68 C.c.), bien a potestades (vgr. art.155 C.c.); tratándose, en cambio, de deberes en sentido estricto de carácter colectivo, éstos se constituirían como deberes de respeto de cualesquiera intereses protegidos por las normas a través de cualesquiera tipo de poder sea o no derecho subjetivo"- precisamente dentro de esta última categoría se enmarca el deber general *neminem laedere*, caracterizado por ser, como indica GIORGIANNI, "un deber frente a todos los miembros de la comunidad y no frente a este o aquel sujeto"²⁸⁹-. Pero, al tiempo que obligaciones y deberes en sentido estricto vienen caracterizados por su dispar ámbito de aplicación, también se diferencian en cuanto a su régimen jurídico. Así, "mientras que la obligación en sentido técnico es transmisible (art.1203,2º C.c.) y extingible por las causas del artículo 1156 C.c. y por la prescripción, los deberes tanto los colectivos como los individuales son intransmisibles e inextinguibles por

²⁸⁹GIORGIANNI, M., *La obligación (La parte general de las obligaciones)*, trad.esp., Barcelona, Ed. Bosch, 1958, p.73. En el mismo sentido, VON THUR, A., *Tratado de las obligaciones*, trad.esp., Madrid, Ed. Reus, 1934, p.5.

aquellas causas"²⁹⁰.

La disparidad conceptual entre la obligación y el deber jurídico -ambos considerados en sentido técnico- late en el régimen jurídico establecido para la responsabilidad contractual y la extracontractual. Y es que mientras que en el supuesto de la responsabilidad aquiliana, la ineffectividad de la acción podría comportar la ineffectividad en el cumplimiento de un deber (*neminem laedere*) cuya existencia y alcance están claramente fuera del ámbito de la autonomía privada y que por ello es de orden público²⁹¹, en el caso de la responsabilidad contractual la obligación que se pondría en peligro sería una obligación *stricto sensu* (patrimonial y disponible) que sí se incluiría en la esfera de la autonomía privada²⁹².

²⁹⁰PENA LÓPEZ, J.M., "Precisiones sobre la configuración del derecho real en la doctrina moderna", trabajo inédito, cedido por cortesía del autor, p.133 del original mecanografiado

²⁹¹En carácter de orden público del deber general *neminem laedere* -que no de la responsabilidad extracontractual- es reconocido hasta por los fervientes partidarios de la derogabilidad convencional de la responsabilidad aquiliana. Los MAZEAUD (*Traité théorique et pratique...*, op.cit., p.102) nunca se cuestionaron la imperatividad del deber de no dañar a otros, aunque, desde su tesis no admitían que la responsabilidad derivada de un deber imperativo tuviera que serlo también. Desde una perspectiva ius-filosófica, la imperatividad del deber se sustenta ya con arreglo a fundamentos éticos (RAWLS, J, *Teoría de la justicia*, trad.esp., México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1978, p.137, quien concibe el deber de no dañar a otro como un deber natural: "lo característico de los deberes naturales es que se aplican con independencia de nuestros actos voluntarios"; LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad.esp., Madrid, Ed. Tecnos, 1985, p.57: "El principio fundamental del Derecho, del cual arranca toda la regulación, es el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro, y, a consecuencia de ello, de la indemnidad de la persona del otro [...]"; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Los principios clásicos del Derecho*, Madrid, Unión Ed., 1975, p.201: "El *alterum non laedere* es un principio universal que acondiciona la existencia misma del orden jurídico") ya desde presupuestos normativistas (KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad.esp., 7ªed., México, ED. Porrúa, 1993, p.130: la obligatoriedad deriva "de una norma jurídica positiva que ordena la conducta de ese individuo, al enlazar con el comportamiento contrario una sanción").

²⁹²Cfr. PENA LÓPEZ, J.M., *Lecciones de Derecho civil. Apuntes de las lecciones*. En términos similares, CHIRONI (*La culpa en el Derecho civil moderno*, op.cit., T.II, p.442) declara, acerca de los pactos de irresponsabilidad anteriores a la comisión del acto ilícito extracontractual, que "admitir en favor de una persona la inmunidad para la ofensa que pueda cometer tanto vale como facilitarle un salvoconducto para que las cometa; es favorecer el dolo, bien de modo expreso, bien ocultándolo bajo las apariencias de la culpa, si el pacto concierne a ésta en sentido estricto; ahora bien aquella norma jurídica que rigurosamente reprime la injuria no puede consentir que privadamente y por una convención cualquiera se encarezcan o se deroguen normas generales. Una vez cometida la injuria, el derecho del ofendido a resuélvese en el resarcimiento y puede como quiera usar de su derecho; pero hasta tanto queda en todo su vigor el principio general". Sin embargo, reconoce que "en la culpa

La cuestión diferenciadora pasa, entonces, por la consideración de la fuente jurídica de la obligación indemnizatoria en los dos tipos de responsabilidad. Pese a que la obligación de resarcir los daños, abstracción hecha de la fuente donde encuentra origen, es una obligación que, como tal, resulta disponible, dentro de ciertos límites, para las partes y desde esta perspectiva, las obligaciones indemnizatorias procedentes tanto de la culpa contractual o como de la extracontractual podrían ser reducidas o eliminadas convencionalmente, tal afirmación puede ponerse en entredicho cuando consideramos la fuente jurídica de la obligación indemnizatoria.

Es sobre la base de esta consideración de donde van a devenir diferencias sustanciales en torno a la admisibilidad de las cláusulas de no responsabilidad en los dos sectores. Así, la naturaleza jurídica, o mejor, el carácter imperativo o dispositivo, de la fuente se convierte en la clave para averiguar la viabilidad concreta de una intervención de la autonomía privada en la obligación indemnizatoria.

En este sentido, si la fuente -norma primaria- de la obligación resarcitoria -norma secundaria- se caracteriza por su imperatividad o no disponibilidad o, en otros términos, por su carácter de orden público, tal cualidad va a contagiar a la obligación resarcitoria -norma secundaria- que queda asimismo determinada por la indisponibilidad e imperatividad. La comunicación entre ambas normas, la primaria y la secundaria, o entre la obligación y su fuente, la consideramos imprescindible: su inexistencia -o su incomunicación- sería como negar la imperatividad de la fuente de la que deriva la obligación resarcitoria. Así, de poco valdría afirmar tajantemente la inderogabilidad de una norma cuando permitimos la exclusión voluntaria de sus consecuencias jurídicas²⁹³.

contractual domina el principio opuesto, con la limitación del dolo por razón al orden y a la moral pública y en relación a la culpa grave, por respeto a la voluntad presunta y a la ley. Los pactos pueden referirse, y de hecho se refieren a la diligencia sobre la ejecución de las obligaciones, y acerca de ello es evidente el derecho de las partes a pactar válidamente".

²⁹³ Aquí compratimos el razonamiento de MUZUAGHI al rebatir la postura de los MAZEAUD (*Le déclin des clauses...*, op.cit. p.212) sobre la naturaleza dispositiva de la obligación de resarcir los daños extracontractuales, ya comentada.

Desde estas palabras se podría explicar la disparidad de tratamiento jurídico que defendemos en el punto de la modificación convencional de la responsabilidad civil en sus dos sectores, el contractual y el extracontractual, y, por consiguiente, la inadmisibilidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad extracontractual.

4. RECAPITULACIÓN. CONCEPTO Y ÁMBITO DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD

Se impone, ahora, una visión retrospectiva y recopilatoria de lo abordado en esta primera parte, con el fin de fijar el concepto y el ámbito de operatividad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

I. Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad son aquellos negocios jurídicos mediante los cuales se pretende la exclusión voluntaria de las normas reguladoras de la responsabilidad civil.

Desde una perspectiva funcional, se considerarán cláusulas restrictivas de responsabilidad no sólo las que tengan por objeto la limitación, bien total bien parcial, de la responsabilidad civil, sino también las que produzcan finalmente el efecto limitador. A este amplio concepto se le van a aplicar los límites que serán propuestos, sin perjuicio de que sean sometidas además a otras exigencias de validez en los supuestos de que al tiempo respondan a otros tipos contractuales.

II. Nos referimos, en todo caso, a las cláusulas contractuales y previas a la producción del acto ilícito que va a ser la causa del resarcimiento. Se pone de relieve, como ya vimos, su aspecto contractual y su carácter anticipatorio al nacimiento del derecho a exigir indemnización por el daño sufrido, diferenciándolas, de este modo, de las renunciaciones a exigir el derecho, una vez nacido éste.

III. El ámbito de operatividad de las cláusulas restrictivas es la responsabilidad contractual. Únicamente en este ámbito puede llegarse a una conclusión positiva en torno a la posibilidad de que los particulares limiten o excluyan las consecuencias indemnizatorias del daño producido.

IV. Estamos en condiciones de ofrecer una delimitación de la figura objeto de estudio. De este modo, las cláusulas restrictivas de responsabilidad serían las cláusulas contractuales estipuladas entre los titulares activo y pasivo de una relación obligatoria cuyo objeto o efecto sería el de excluir total o parcialmente la indemnización de daños y perjuicios prevista por el artículo 1101 C.c. para el supuesto de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones asumidas por el deudor directamente o por medio del auxiliar.

PARTE II

LÍMITES A LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Capítulo I

PRELIMINAR

La determinación del concepto y del ámbito de aplicación de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil nos conduce de inmediato a otro estadio en esta investigación: la edificación de su régimen jurídico. Y éste debe pasar, en primer lugar, por la delimitación del marco de actuación de dichas cláusulas. Partiendo de su validez en línea de principio en el ámbito de la responsabilidad contractual, se ha de matizar y concretar su campo de actuación, analizando cuáles son los límites de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Si, como vimos, las cláusulas de irresponsabilidad son expresión de la autonomía privada y, a la vez y de forma más particular, ejemplos de la exclusión voluntaria de la ley aplicable, participarán de los regímenes de ambas instituciones. Por ello hemos creído conveniente iniciar este capítulo con unas breves consideraciones acerca de los límites de la autonomía privada y de la exclusión de la ley aplicable.

Tras este capítulo introductorio se suceden otros dos. El primero se dedica al estudio de los límites generales, comunes a cualquier cláusula que pretenda la irresponsabilidad del deudor; se trata de un régimen de mínimos al que se sujeta toda cláusula restrictiva. El segundo de ellos intenta poner de manifiesto la presencia en nuestro ordenamiento jurídico de regímenes especiales, mediante el análisis de determinados límites específicos solamente aplicables a ciertas cláusulas.

Este tratamiento sistemático -régimen común, regímenes especiales- a la vez que supone una mayor claridad expositiva, pone de relieve la justificación de la existencia de límites más estrictos para las limitaciones convencionales de responsabilidad, que generalmente está relacionada con la penetración en áreas de responsabilidad más sensibles o susceptibles de presentar una problemática especial con respecto a uno de los implicados: el contratante débil.

1. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y SUS LÍMITES

Quizá la idea más repetida a lo largo de este trabajo sea la de insertar las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil en la esfera de la autonomía privada, apunte, por otro lado, obvio y nada innovador, pero del cual no queremos alejarnos, sobre todo para abordar la cuestión de los límites de los pactos de no responsabilidad. La razón de este recordatorio es simple; hay que partir de cuáles son los límites generales de la autonomía privada, de cómo son y cómo actúan para llegar a planteamientos concretos y correctos en nuestro campo en particular.

Cierto es que el problema no se debería presentar complicado a la vista de un artículo como el 1255 del Código civil, que, además de ser la consagración legislativa del principio de libertad contractual, enumera con claridad incuestionable los límites a su operatividad. La ley, el orden público y la moral actuarían entonces como los frenos al poder de los particulares a contratar cuándo, con quién y cómo quisiesen. Así las cosas, resultaría predecible un discurso poco controvertido.

Sin embargo, la cuestión no se intuye tan transparente. Al indagar sobre cual es el contenido preciso de cada uno de los límites enumerados, se advierte automáticamente la complejidad del problema, ya que no responden a tres nociones claramente diferenciadas, sino, muy al contrario, a ideas entrelazadas, asimiladas incluso, o, cuando menos, relacionadas.

La dificultad que deriva del estudio del artículo 1255 del Código civil se complica cuando, desde una contemplación general del problema de la autonomía privada, nos cuestionamos si la norma citada agota sus límites. En otras palabras, ¿la ley, el orden público y la moral son todos los límites que el ordenamiento jurídico impone al poder de los particulares en la autorregulación de sus intereses?

A nuestro juicio, no. La autonomía privada en cuanto poder jurídico debe limitarse

aún más. El ejercicio de la autonomía privada ha de correr la misma suerte que el ejercicio de los poderes jurídicos, ha de sortear los límites que el ordenamiento jurídico impone para el ejercicio de éstos, en aras a evitar su uso indiscriminado²⁹⁴. Como veremos, el ejercicio de la autonomía privada debe limitarse desde las coordenadas del artículo 7 del Código civil, aplicándole, por consiguiente, los límites de la buena fe y del abuso del derecho.

1.1. Los límites propios a la autonomía privada: el artículo 1255 del Código civil

A nuestro juicio, el análisis del artículo 1255, aglutinador de los límites intrínsecos a la autonomía privada debe ser precedido por una premisa, ya manifestada por FERRI: "El campo donde actúa la autonomía privada es justamente el de los intereses privados"²⁹⁵. Los particulares no pueden reivindicar este poder de autorregulación sino en el estricto ámbito de sus intereses particulares.

En estas palabras se delimitan dos esferas diferentes y en contraposición: la correspondiente al orden público y la del orden privado²⁹⁶. Ambas, con contenidos diversos y excluyentes, explican el fenómeno de la autonomía privada y sus límites propios. Desde esta comparación se comprende de forma integral el problema de los límites de la autonomía privada²⁹⁷.

²⁹⁴Cfr. PENA LÓPEZ, J.M., *Lecciones de Derecho civil. Apuntes de las lecciones*.

²⁹⁵FERRI, L., *La autonomía privada*, op.cit., p.10.

²⁹⁶Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Lecciones de Derecho civil*, Valencia, 1967, p.208.

²⁹⁷En sentido contrario, LALAGUNA ("La libertad contractual", *R.D.P.*, 1972, p.891 y ss.) advierte que orden público y orden privado, en su significado técnico, no se contraponen, puesto que también lo que atañe a este orden privado es protegido por los principios jurídicos, componentes del orden público, entre ellos el de libertad contractual, cuya virtualidad práctica ante singulares conflictos de intereses se define por la jurisprudencia. Si bien es cierto que el principio en sí y como definidor característico del Derecho de obligaciones debe ser protegido por el Estado, y por tanto, desde este punto de vista adquiere perspectiva pública, si atendemos al significado real de la autonomía de la voluntad, precisamente alude a la esfera en la que los particulares pueden actuar en consonancia con sus intereses, sin otro tipo de trabas. Es, por lo tanto, un principio que define las fronteras del estricto orden privado, el cual, no cabe duda, debe ser protegido por el ordenamiento jurídico al igual que los demás principios inspiradores del mismo. En definitiva, lo que sería de orden público es la

El orden público, como señala PENA, desde esta dialéctica, "estaría integrado por todo lo que por constituir un límite para la autonomía privada está fuera de su alcance"²⁹⁸; se conformaría como el conjunto de aquellos preceptos o directrices valorativas que son considerados jurídicamente como no disponibles, no negociables; estaría compuesto, en palabras de ESMEIN, por la totalidad de las restricciones puestas por el Estado a la libertad de autorregulación concedida a los particulares²⁹⁹. Son principios jurídicos, asumidos por el Derecho, pero que proceden de diversas fuentes tanto jurídicas como metajurídicas. Entre ellas, las leyes imperativas, los principios generales del Derecho, los valores políticos, económicos, morales e incluso religiosos ínsitos en una determinada comunidad. Estos valores compondrán el tejido multiforme del orden público, pero con una condición, que hayan sido asumidos por el ordenamiento jurídico. Por ello es patente la contingencia y temporalidad del concepto de orden público, porque, en definitiva, depende de la voluntad del legislador, influido, eso sí, por las necesidades de la sociedad³⁰⁰.

estructura y existencia de la autonomía privada que se reflejaría en el principio de protección de la esfera privada, el principio de respeto de la autonomía de la voluntad; su *contenido*, sin embargo, es de carácter privado.

²⁹⁸PENA LÓPEZ, J.M., *El significado de las normas imperativas...*, op.cit., p.17.

²⁹⁹Cfr. ESMEIN, P. en el Prefacio a MALAURIE, P., *L'ordre public et le contrat (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Reims, Ed. Matot-Braine, 1953, p.7. Así inicia su breve introducción acerca de la figura del orden público: "*L'ordre public entendu comme l'ensemble des restrictions mises par l'Etat à la liberté laissée aux particuliers d'aménager leurs rapports par des conventions, tient une place, qui depuis la fin du XX^e siècle, n'a cessé de s'accroître*".

³⁰⁰Se conecta, de esta forma, el concepto con el orden público social o con la concepción sociológica del orden público, mantenida, entre otros por FIGA FAURA ("La renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la ley", op.cit., p.270), pero sin limitarlo a ella. El autor citado desconecta el orden público de las normas imperativas y de sus principios inspiradores, posición que justifica en el propio Título preliminar y, concretamente, en el artículo 6.2 C.c.: "El nuevo Título preliminar, al establecer que no existen normas per se que sean de derecho necesario [...] y que son excluíbles todas las normas siempre que no se atente al orden público, coloca a éste en un lugar preferente y obliga a la contemplación y estudio del orden real para deducir de él el carácter necesario o no de una norma. [...] el orden social en constante evolución sirve a determinar, en cada momento, el real contenido de nuestro ordenamiento jurídico". Esta postura ha sido criticada por PENA LÓPEZ (*El significado de la norma imperativa...*, op.cit., p.3) no sólo porque "hace desaparecer las normas imperativas como límite genérico del acto de exclusión", sino también, desde un plano axiológico, porque "la conexión del límite del orden público con el orden público real o social y su correlativa desconexión con el orden público real implícito en las normas imperativas conduciría bien a una

Así las cosas, el orden público aparece configurado como un ente amplio y absorbente, aglutinador de todos los límites de la autonomía privada, de lo no disponible. De este modo, el orden público comprende, a nuestro juicio, a todas las leyes imperativas, y no sólo a las leyes imperativas fundamentales, como se sostiene en las modernas concepciones del orden público.

En este sentido, DÍEZ-PICAZO desconecta la noción del orden público (que concibe como "la organización general de la comunidad o de sus principios fundamentales o rectores"³⁰¹) del concepto de norma imperativa, ya que "en una norma imperativa se puede plasmar una decisión de política jurídica, sin que para ello se vea involucrado el orden público"³⁰².

Sin embargo, la concepción del orden público como comprensiva de todas las leyes imperativas -aunque, como vimos, no sólo de ellas-, precisamente porque están fuera del orden privado, entronca mejor, como señala PENA³⁰³, con el significado originario de orden público -con la concepción clásica- y, asimismo, con el significado técnico que se le debe otorgar.

Desde la primera perspectiva, DE CASTRO recuerda que los redactores del Código civil francés, "inventan" la cláusula de orden público "para poner un límite a la autonomía que el mismo Código reconoce y protege". Se reacciona frente a la deformación que había sufrido el principio de autonomía privada de mano de los iusnaturalistas no católicos, quienes consideraban vinculantes todos los convenios por el hecho de haber sido queridos y por

desprotección de los valores considerados como dignos de tutela por el ordenamiento jurídico, si el orden social se entiende como orden efectivamente existente en nuestra sociedad, bien a una subversión de aquellos valores, si el orden público social se concibe como aquél que como tal esté programado en la conciencia social".

³⁰¹DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.130.

³⁰²DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.130.

³⁰³PENA LÓPEZ, J.M., *El significado de las normas imperativas...*, op.cit., p.13 y ss.

respeto a la voluntad individual. De este modo, los redactores del *Code* francés, afirman la superioridad de la voluntad general expresada en el Ley respecto de la voluntad de los particulares; a tal efecto surge una vía intermedia que permite a los particulares inaplicar las leyes que no interesen al orden público; pero, las que interesen al orden público, las imperativas, no podrán ser inaplicadas por los particulares³⁰⁴.

También es aclaratorio el discurso de PORTALIS -citado por DE CASTRO-, quien al explicar la referencia al orden público decía: "mantener el orden público de una sociedad es la ley suprema. Proteger los convenios contra esta ley sería colocar las voluntades particulares por encima de la voluntad general, eso sería disolver el Estado"³⁰⁵.

Es así que "el orden público originario se indentifica, por tanto, con aquella voluntad general expresada en la Ley que, al interesar al orden público no puede ser derogada por los particulares, o sea, con lo que hoy se denomina *ley imperativa*, frente a las leyes que, precisamente porque no afectan al orden público, sino tan sólo al orden privado sí pueden ser derogadas por los particulares, o sea frente a aquellas leyes que, desde la pandectística, reciben el nombre de leyes dispositivas"³⁰⁶.

Desde el punto de vista del significado técnico del orden público, se puede llegar a la misma conclusión.

DE CASTRO advierte la existencia de categorías jerárquicamente diferentes dentro de las normas imperativas y son precisamente las que interesan al orden público o a las buenas costumbres las que ocupan un rango superior. Es decir, las normas de orden público tendrían un plusvalor ("un mayor valor", como señalaba SAVIGNY) frente a las demás

³⁰⁴DE CASTRO Y BRAVO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas...", op.cit., p.1031.

³⁰⁵DE CASTRO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas...", op.cit., p.1020.

³⁰⁶PENA LÓPEZ, J.M., *El significado de las normas imperativas...*, op.cit., p.14.

normas, el cual permitiría resolver los casos de conflictos de leyes en favor de las primeras³⁰⁷.

Desde esta premisa, sería fácil concluir que al no tener todas las normas imperativas ese plusvalor, la norma de orden público sería concepto diverso a la norma imperativa. Sin embargo, PENA señala que si bien eso es cierto genéricamente (no toda norma imperativa puede ser calificada de orden público, por ejemplo, en los conflictos de normas en el tiempo o en el espacio, porque sino no podría solucionarse el conflicto), "a los efectos de la eficacia de las leyes frente a la autonomía privada, la identificación de ambas categorías parece posible"; en el ámbito de la autonomía privada, "el carácter de orden público se puede extender a cualquier norma imperativa, sin que pierda ésta, por ello, el plusvalor característico de aquél, puesto que todas las normas imperativas lo son por tener un valor superior al precepto emanado del ejercicio del poder de la autonomía privada y, por eso, limitan la eficacia de aquellas normas que dotan de fuerza preceptiva o de ley a los actos negociales"³⁰⁸.

Sin embargo, si, tal y como se ha defendido, la cláusula de orden público acoge a todas las normas imperativas, ¿qué sentido tiene la enumeración del artículo 1255 al distinguir entre orden público y ley imperativa?

Como señala Díez-PICAZO, el identificar orden público y ley imperativa sería reducir aquellos límites a uno sólo, lo cual, según el citado autor, no parece lícito dados los términos en los que se redacta el artículo 1255 del Código civil, en cuyo tenor literal se

³⁰⁷Cfr. DE CASTRO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas...", op.cit., p.1031.

³⁰⁸PENA LÓPEZ, J.M., *El significado de la norma imperativa...*, op.cit., p.15. En un sentido parecido, GHESTIN (*Traité de Droit civil. La formation du contrat*, 3ªed., Paris, Ed. L.G.D.J., 1993, p.92), tras afirmar que existen leyes imperativas que afectan al interés general y cuya contravención es sancionada por la nulidad absoluta y otras que afectan a intereses particulares, y su sanción es la nulidad relativa, concluye, en lo que se refiere al orden público como límite de la autonomía privada, que parece preferible admitir que el orden público engloba todas las leyes imperativas, sin intentar distinciones entre ellas a partir de una noción de orden público demasiado incierta y diversa como para fundar una división rigurosa. En el mismo sentido, MALAURIE, P., y AYNES, L., *Droit civil. Les obligations*, p.280.

diferencia claramente entre uno y otro límite a la autonomía privada³⁰⁹.

Es cierto que nuestra posición podría encontrar aquí alguna objeción. Si configuramos el orden público como una realidad omnicompreensiva, estaremos tachando al precepto de reiterativo o impreciso. Este obstáculo puede salvarse, no obstante, mediante la contemplación del sistema jurídico en su conjunto, y, sobre todo, atendiendo al artículo 6.2 del Código civil, que abre la posibilidad a los particulares de renunciar a derechos o excluir la ley aplicable siempre que "*no contraríen el interés o el orden público o perjudiquen a terceros*".

Ante esta norma se plantean dos cuestiones inmediatas, ¿la exclusión de la ley o la renuncia de derechos no contempla el límite de la moral?; ¿pueden llevarse a cabo aun en presencia de una ley imperativa?

Obviamente la respuesta es negativa en ambos casos *porque* el concepto de orden público engloba a ambas realidades, *porque*, en definitiva, el orden público abarca en sí mismo todas las restricciones al acto de autonomía privada³¹⁰. Es decir, "si la ley se entiende incluida dentro del ámbito constituido por el orden público, en el artículo 1255, la mención exclusiva de éste, en el artículo 6.2, no implicaría aquella supresión sino una afirmación más de aquel límite legal"³¹¹.

³⁰⁹DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I., p.129.

³¹⁰El artículo 11 del Proyecto de Código civil de 1851, fiel copia del art.6 del Code francés, incluía a la moral dentro de los límites del acto de exclusión de la ley aplicable: "*No podrán derogarse por convenios particulares las leyes, en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres*".

³¹¹PENA LÓPEZ, J.M., *El significado de la norma imperativa...*, op.cit., p.7. En definitiva, "la reconducción de las leyes limitativas de la autonomía privada al campo del orden público en el artículo 1255 de Código civil, no supone la reducción de aquellos límites a la ley, en cuyo caso sobraría la referencia al precepto, sino la dilatación de la esfera del orden público fuera del espacio que abarcaban las leyes de orden público, para poder comprender aquellas normas y principios cuya subsunción dentro del término ley pudiera ser considerada como improcedente o dudosa y que, sin embargo, formaban o informaban aquel orden que, por ser insensible a la competencia preceptiva configuradora que los particulares ostentaban en el orden privado, era considerada como orden público" (Ibidem, p.8).

En fin, el artículo 6.2 C.c. supondría un apoyo de gran relevancia a la visión del orden público como integrador de lo indisponible por los particulares. El acto de exclusión de la ley, en cuanto que acto de autonomía privada, ha de participar de los mismos límites que aquél, los cuales han sido unificados por el legislador en la mención "orden público" del artículo 6.2, omitiendo, porque ya están incluidas en ella, tanto a las leyes imperativas como a la moral.

Una vez analizada la dimensión del orden público como contrapuesto al orden privado, como "contenido universal de los límites de la autonomía privada"³¹², retomemos nuevamente a FERRI, para advertir de la operatividad de este concepto y de los límites que aglutina en el campo de la autonomía privada. Éstos actúan como límites a la autonomía privada pero "no en el sentido de directriz, fin u objetivo de la misma autonomía, sino en el sentido de frontera del obrar autónomo, esto es, como límite negativo"³¹³.

Con este razonamiento critica duramente a un sector doctrinal que intuye una finalidad social en la actividad negocial y que, consiguientemente, transforma la autonomía privada en un poder-función, en un poder al que la ley propone la consecución de una determinada finalidad. "No hay en la actividad privada negocial predeterminación legal de un fin"³¹⁴.

Realmente asumimos la tesis de FERRI, en cuanto que la autonomía privada es un poder autónomo³¹⁵, en el sentido de condición de no dependencia, y es privado, esto es,

³¹²PENA LÓPEZ, J.M., *El significado de la norma imperativa...*, op.cit., p.17.

³¹³FERRI, L., *La autonomía...*, op.cit., p.12.

³¹⁴FERRI, L., *La autonomía...*, op.cit., p.351.

³¹⁵Pero que estemos ante un poder autónomo no quiere decir que éste sea originario o soberano. Como explica FERRI (*La autonomía...*, op.cit., p.52), no se puede calificar a la autonomía privada como una libertad natural del individuo, sino que es una libertad jurídica, derivada del Estado. "La autonomía privada es un poder conferido a los individuos por una norma superior, la cual regula su actuación estableciendo limitaciones" (*Ibidem*, p.51). Pero dentro de su esfera, dentro de los límites establecidos por el Derecho, los individuos detentan "un poder autónomo, único, indivisible, e intransmisible que compete a todos los sujetos privados" (FERRI, L., *La autonomía...*, op.cit., p.305).

particular y personal de cada uno. Así, se ejercita sin ningún tipo de finalidad impuesta desde el exterior, sin ninguna clase de móvil que no sea el propio interés del que contrata. El ejercicio de la autonomía privada es poder de autorregulación del individuo, dentro del espacio que el Estado le confiere. Si establecemos límites de carácter positivo, fines o guías al ejercicio de la libertad contractual, en definitiva una función social, estaremos contraviniendo la esencia misma de esta libertad jurídica.

En este punto, transluce nuevamente la contraposición entre orden público y orden privado: el fenómeno de la autonomía privada se contempla desde su "aspecto de limitación o autolimitación de la ordenación estatal que deja espacios en los que puede insertarse la actividad normativa de los particulares"³¹⁶.

Se puede concluir, entonces, que los límites del artículo 1255 del C.c. son límites de carácter negativo, topes, barreras infranqueables, no objetivos a cumplir. Gráficamente, no se pretende que todos los contratos posean un determinado contenido de moralidad sino que no alcancen cotas de inmoralidad no permitidas desde el punto de vista de una moral elemental y por todos admitida.

No obstante, esta conclusión vuelve a plantear la polémica de la función de las normas dispositivas frente a la autonomía privada. Aun no incluyendo las leyes dispositivas dentro del concepto de leyes del artículo 1255 del C.c., que hace referencia a las normas imperativas³¹⁷, estimamos que no deben relegarse a un plano de ineffectividad absoluta, en lo que atañe a los límites de la autonomía privada.

Y otra vez volveremos al profesor DE CASTRO para encontrar la solución: "Las

³¹⁶FERRI, L., *La autonomía privada*, op.cit., p.11.

³¹⁷DE CASTRO ("Notas sobre las limitaciones intrínsecas...", op.cit., p.1060) señala así que "Estas leyes limitativas del arbitrio de las partes son las imperativas y las prohibitivas, que se refieren sólo a la esfera de la perfección del contrato o a sus requisitos, y en su caso, a las excepcionales que sancionan con la nulidad su infracción". Asume de esta forma la clásica distinción de las leyes en imperativas, prohibitivas y dispositivas, mas el autor va a introducir una importante crítica a la teoría tradicional consistente en revalorizar el papel de las normas dispositivas.

reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan límites que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces"³¹⁸.

Desde esta perspectiva, la norma dispositiva no actúa como límite negativo ya que se permite su contravención. Pero ¿operarían como límite positivo?, ¿serían fines o guías al ejercicio de la libertad contractual?

A nuestro juicio, las reglas dispositivas pueden condicionar la actividad negocial de las partes, porque no se les debe permitir que excluyan lo preceptuado si no aportan cierta justificación. Por lo tanto, y en este sentido relativo ya que en última instancia pueden ser evadidas, las normas dispositivas pueden actuar como límites positivos de la autonomía privada, con el significado de guías, o modelos que las partes han de acatar, en principio, a no ser que existan suficientes razones para no hacerlo³¹⁹.

³¹⁸DE CASTRO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas...", op.cit., p.1061.

³¹⁹Incluso FERRI (*La autonomía...*, op.cit.) reconoce que en el campo del Derecho privado pueden darse situaciones en las que el sujeto esté obligado a perseguir cierta finalidad o a obrar para un cierto interés, en las que la realización de un negocio jurídico se convierte en un deber. Se pregunta, entonces, si existen determinados límites positivos en la autonomía privada. "Es verdad que existen ciertas hipótesis en que es obligatorio servir a un cierto interés [...] y hay que admitir que nos encontramos, entonces, ante límites positivos. Pero, hay que advertir que no se trata de límites de la autonomía privada. Tales fines, intereses no pueden reducir o vincular la autonomía privada precisamente porque son fines, intereses o vínculos que ella misma se ha puesto libremente. Los vínculos que se acaban de citar son meros accidentes respecto a la autonomía privada, es decir, que no afectan a su estructura. Además, los límites positivos en materias privada, cuando existen, se refieren a un acto determinado (o a actos determinados) de ejercicio de la autonomía privada y no a ésta, que sigue caracterizada por su intolerancia respecto de este tipo de límites".

1.2. Otros límites al ejercicio de la autonomía privada. Los límites genéricos al ejercicio de los poderes jurídicos: la buena fe y el abuso del derecho

"El derecho subjetivo, con la autonomía de la voluntad constituyen las dos manifestaciones de la autonomía privada en sentido amplio; el ámbito de libertad que el Derecho privado reconoce y protege"³²⁰. Ambas manifestaciones de libertad protegida y reconocida por el Derecho representan al tiempo dos manifestaciones de poder jurídico. El derecho subjetivo, como poder concreto que lleva implícito la posibilidad de ejercitar el haz de facultades que él supone³²¹; la autonomía privada como "poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas"³²², o en el decir de FERRI³²³ como poder atribuido por la ley a los individuos para crear normas jurídicas.

De ambos poderes jurídicos, o mejor del poder jurídico general que representa la autonomía privada en sentido amplio ya concretado en el derecho subjetivo ya en la autonomía privada en sentido estricto, son predicables -deben ser predicables- en la misma medida, idénticas condiciones a su ejercicio.

El Título preliminar del Código civil en el artículo 7 ha delimitado el ejercicio de los derechos en los siguientes términos: *"Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso"*.

³²⁰DE CASTRO, F., "El ejercicio de los derechos", en *Temas de Derecho civil*, op.cit., p.135.

³²¹Cfr. DE CASTRO, F., "El ejercicio de los derechos", op.cit., p.135.

³²²DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.13.

³²³FERRI, L., *La autonomía...*, op.cit., p.88.

Así las cosas, pese a la limitación *ex* artículo 7 C.c. de la buena fe y de la doctrina del abuso del derecho al ámbito de los derechos (subjettivos), trataremos de demostrar, en uno y otro caso, la oportunidad y la lógica de aplicar también al ejercicio de la autonomía privada ambos límites.

2. EL ARTÍCULO 6.2 DEL CÓDIGO CIVIL. LOS LÍMITES AL ACTO DE EXCLUSIÓN DE LA LEY APLICABLE

Si las cláusulas restrictivas de responsabilidad son negocios jurídicos de exclusión voluntaria de la ley aplicable, han de cumplir con las exigencias que el artículo 6.2 C.c. prescribe para el acto de exclusión: *"La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contrarién el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros"*.

Como establece la norma aludida, el acto de exclusión de la ley aplicable, para reputarse lícito, debe respetar las exigencias del interés o el orden público así como no perjudicar los intereses de terceros.

Acerca del orden público, nos remitimos a lo manifestado en el epígrafe anterior, donde pusimos de manifiesto la conveniencia de adoptar un concepto amplio del orden público precisamente para que la mención del artículo 6.2 C.c. abarcara además del orden público extrapositivo las leyes imperativas y la moral ya que, en otro caso, no se entendería que el acto de exclusión de la ley aplicable se sometiera a límites diferentes de los consignados en el artículo 1255 para los pactos, cláusulas y condiciones estipulados por las partes, porque, en definitiva, las dos posibilidades permitidas por el Código civil, exceptuar la aplicación de la ley y crear pactos y convenciones en el seno de un contrato, son ejemplos de la facultad general de autorregulación concedida por el Derecho enmarcada en el principio de autonomía privada.

Pero, ¿cuál es el significado de "interés público"?

A pesar de que desde una interpretación gramatical de la norma, pudieran alcanzarse resultados diferentes, concediéndole a la conjunción "o" valor disyuntivo, en cuyo caso los conceptos de interés público y orden público serían nociones diferentes o concediéndole valor explicativo, en cuyo caso serían conceptos equiparables, en general, se ha entendido en nuestra doctrina que el interés público y el orden público responden a dos conceptos que no necesariamente tienen que coincidir -aunque según la noción de orden público que se mantenga pueda variar su relación-³²⁴.

El interés público, aunque es un concepto difícilmente aprehensible, se compara, en su sentido técnico, al bien común. Así, la normativa descrita como de interés público ha de perseguir el bien de la comunidad, esto es, "obrar teniendo en cuenta a todos y no a una parte de los ciudadanos"³²⁵. Será, el interés público, "aquel interés colectivo o social, no meramente individual"³²⁶.

Puede haber materias atinentes al orden público en las que los intereses en juego no correspondan a ese de absoluta generalidad. El concepto de interés y orden público hay que inferirlo del concepto y significado total de orden jurídico, dentro del cual la gradación sería: orden jurídico, orden público e interés público³²⁷.

³²⁴ Así GIORGI (*Teoría de las obligaciones*, trad. esp., 2ª ed., Madrid, Ed. Reus, 1978, vol. III, p. 399) distingue entre *orden público primario*, donde se comprenden todas aquellas disposiciones preceptivas y prohibitivas que tengan que ver con el bien público, y *orden público secundario*, que recoge las que se dictan en interés de este o aquel individuo en particular y sólo indirectamente en interés público. Admite, por lo tanto, la posibilidad de que en el orden público existan principios que no afecten al interés de la colectividad en su conjunto; esto es, niega la perfecta equiparación entre orden público e interés público.

³²⁵ FERRI, L., *La autonomía...*, op.cit., p.340. Asimismo MALAURIE (*L'ordre public et le contrat...*, op.cit., p.41) incide en esa idea para delimitar las dos esferas: bien público y orden público: "*le bien public est l'ensemble complet de toutes règles ayant pour objet le bien de la collectivité, tandis que l'ordre public est le petit faisceau des cadres fondamentaux sur lesquels repose la Société, son bâti élémentaire*".

³²⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Comentario al art.6.2", op.cit., p.759.

³²⁷ Cfr. DE LA VEGA BENAYAS, C., *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código civil*, Madrid, Ed. Civitas, 1976, p.202.

En definitiva, el interés público haría referencia a aquello perteneciente al bien común, y se consituiría en parte integrante del orden público -que sería realidad de más amplitud-, ya que lo que atañe al bien común es indisponible y permanece fuera de la esfera del orden privado.

Resta, ahora, hacer un breve comentario sobre qué debe entenderse por no perjudicar los intereses de terceros. Esta limitación está justificada desde el momento en que, tal y como declara el Código Civil en su artículo 1257 "*los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos*" y significaría que la exclusión de la ley dispositiva (la única que puede ser objeto de la exclusión) no puede causar daño alguno al interés jurídicamente protegido de un tercero ajeno al negocio jurídico de exclusión. Y esto, a modo de presentación, porque la dimensión real del límite será analizada más adelante.

Es decir, el acto de exclusión voluntaria de la ley aplicable, al participar de la naturaleza de la autonomía privada, no alcanza a poder regular los intereses que sean ajenos al titular del acto, ya sean aquéllos públicos (interés público) o privados (de terceros).

3. CONSIDERACIONES FINALES

A partir de la visión del orden público como comprensivo de todo lo indisponible para los particulares, es decir, de todos los límites de la autonomía privada, se procederá, en los capítulos siguientes, a la delimitación de cada uno de sus "componentes" -en palabras de GHESTIN, al desarrollo de las fuentes del orden público³²⁸-, en aras de concretar cuáles son los límites de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

En primer lugar, se analizarán las leyes imperativas -entre las cuales se erige la Norma constitucional- que expresamente se constituyen en límites para las cláusulas de irresponsabilidad; en segundo lugar, el aspecto moral del orden público; posteriormente,

³²⁸GHESTIN, J., *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, op.cit., p.91.

intentaremos delimitar todo aquello que, sin pertenecer a las categorías anteriores -sin ser una ley imperativa ni constituir la denominada moral-, sigue siendo indisponible y permaneciendo fuera del orden privado (el orden público como cláusula de cierre). Finalmente, la ausencia de perjuicio de terceros, y la buena fe y el abuso del derecho, completarán el análisis de los límites de la autonomía privada, dibujando, al tiempo, el régimen jurídico de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Capítulo II

ANÁLISIS DE LOS LÍMITES COMUNES

1. LA NORMA CONSTITUCIONAL. EN PARTICULAR, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA

El análisis de las normas imperativas que limitan a la autonomía privada, y por ende a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad -el análisis de lo que pudiera ser, en palabras de CARBONNIER, el "orden público textual"³²⁹- ha de comenzar necesariamente por la mención de la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico: la Constitución.

El artículo 9.1 CE, al declarar que "*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*", dispone explícitamente la vinculación de cualquier poder, público o privado, a su contenido, haciendo, por tanto, insostenible una lectura de la cláusula de orden público ajena al nuevo orden de valores y principios que ha supuesto su entrada en vigor. En este sentido, procede apuntar, sin reparos, la idea de que la Constitución irrumpe en el tradicional santuario de la autonomía negocial³³⁰.

Desde esta premisa se hace necesaria una primera afirmación: la autonomía privada, en cuanto poder de los particulares, ha de someterse al contenido de la norma constitucional;

³²⁹CARBONNIER, J., *Derecho civil. El Derecho de las obligaciones y la situación contractual*, trad. esp., Barcelona, Ed. Bosch, 1970, T.II, vol.2º, p.264.

³³⁰Cfr. LÓPEZ AGUILAR, J.F., *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990, p.73. De este modo, como afirma PENA LÓPEZ ("La historicidad del Derecho civil", *Actualidad y Derecho*, nº48, 1995, p.8) "el Derecho civil no tiene, ya, su fuente suprema en el Código civil sino en la Constitución, y sus principios supremos, por lo tanto, no son, ya, los del Código civil sino los constitucionales, que, consiguientemente, desde ahora, serán el punto de referencia último (según ha subrayado magistralmente IRTI) para la calificación de cualquier precepto, aunque éste sea del Código civil, claro está, como Derecho normal o excepcional".

por consiguiente cualquier manifestación de la autonomía privada, es decir, cualquier pacto, cláusula o condición, debe respetar los postulados consagrados en la Constitución.

Pero lo cierto es que esta afirmación necesita también de una precisión. Porque una cosa es reconocer la injerencia de la Constitución en el Derecho civil y, consecuentemente, el sometimiento del Derecho civil a la Constitución, y otra diferente es delimitar claramente hasta dónde alcanza, sobre todo en un terreno tradicionalmente vetado a los poderes públicos, como es la libertad contractual. En este área en concreto una cuestión ha suscitado polémica y discusiones: la virtualidad de los derechos fundamentales para limitar la autonomía privada.

El carácter inicial de los derechos fundamentales como esencialmente exigibles y ejercibles frente al Estado y no frente a los particulares, típico del constitucionalismo liberal, promueve una oleada de discusiones doctrinales acerca de su posible eficacia respecto a terceros. La polémica, resuelta ya en Alemania mediante la construcción jurisprudencial conocida por *Drittwirkung*³³¹, continúa servida en nuestro país.

La cuestión que se plantea no es tanto determinar si los derechos fundamentales vinculan a los poderes privados, extremo que parece aceptado unánimemente, sino de qué forma se produce esta vinculación; en otras palabras, si la eficacia de los derechos fundamentales frente a los individuos particulares es directa o indirecta. Se discute, en definitiva, si los individuos están sometidos al sistema de derechos por el simple hecho del reconocimiento constitucional (eficacia horizontal), o, por el contrario, si se debe exigir la previa actuación de los poderes públicos -por medio de la ley- para articular la situación

³³¹La *Drittwirkung* se fundamenta en mantener la plena vigencia de los valores incorporados a los derechos fundamentales en todas las esferas del ordenamiento jurídico, de forma que los derechos fundamentales vinculan no sólo a los poderes públicos sino también a los individuos. El Tribunal Constitucional Federal, promotor de esta construcción jurídica, reconoció por primera vez la eficacia indirecta frente a terceros de los derechos fundamentales en el "caso Lüth" a través de la interpretación de las cláusulas jurídico-privadas, en 1958. Desde entonces, se ha acentuado la conciencia de los tribunales civiles en cuanto a los derechos fundamentales. Cfr. SCHNEIDER, H.P., *Democracia y Constitución*, trad. esp., Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.93.

jurídica de los particulares con relación a los derechos fundamentales (eficacia vertical)³³².

Desde la doctrina se han propuesto varias soluciones a la problemática eficacia de los derechos fundamentales frente a la autonomía privada.

Para algunos autores no cabe una respuesta categórica a estas cuestiones sino que la misma ha de subordinarse "a una ponderación, a un juicio de razonabilidad en cada caso concreto sobre el alcance de los derechos constitucionalmente reconocidos como límites a la autonomía privada"³³³. Esto es así porque una expansión ilimitada de la virtualidad de estos derechos puede resultar, por otro lado, gravemente lesiva para la esfera de inmunidad que la propia Constitución establece para los particulares y porque, además, supondría que el Derecho privado terminara por vincularse a un complejo de normas constitucionales preordenadas a determinadas finalidades³³⁴. Hay que procurar, entonces, una integración de todos los principios básicos que forman el orden público, entre los cuales, como fundamentales por ser derivaciones de la dignidad humana, hallamos los derechos reconocidos en la Constitución. Pero no debemos olvidar que la Norma Fundamental ampara, igualmente, el "*libre desarrollo de la personalidad*" (art.10.1 CE), la libertad económica (art.38 CE) donde se albergan, sin duda, la libertad contractual como corolario de la autonomía privada. La solución final pasará por el justo equilibrio de todos los valores en juego, primando, en su caso, aquéllos que se consideran imperativos necesariamente, como es el supuesto del derecho fundamental a la vida y la integridad física y moral de las personas que no puede tolerar, de ningún modo vulneraciones ni lesiones.

³³²Cfr. FREIXES SANJUAN, T., *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, Ed. PPU, 1992, p.73.

³³³LÓPEZ, A. y MONTÉS, V.L., *Derecho civil. Parte general*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1992, p.290. PRIETO SANCHÍS ("El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", *A.D.H.*, 1983-II, p.392) señala igualmente que "la cuestión de los derechos fundamentales frente a terceros [...] no puede resolverse en abstracto y de una vez para siempre. Corresponderá entonces al juez ponderar los intereses en conflicto, pero, desde luego, sin excluir a priori la eficacia de las libertades en las relaciones frente a los particulares".

³³⁴En este sentido se han manifestado la mayor parte de los autores que defienden la tradicional concepción del Derecho privado, como un sector del ordenamiento libre de ingerencias externas. Así, vid. RAISER, L., *Il compito del Diritto privato*, trad. italiana, Milano, Giuffrè Ed., 1990, p.174.

Otro sector doctrinal³³⁵ considera que la solución al conflicto debe situarse en la adecuada articulación de los derechos fundamentales como límite a la autonomía privada: el verdadero límite de la autonomía privada está constituido por "el respeto a los derechos fundamentales" y no por los derechos fundamentales en sí. Esta afirmación, cuyo origen está en la STC 19/85, de 13 de febrero³³⁶, permite que determinadas prácticas limitativas, como las renunciaciones al ejercicio de tales derechos, sean perfectamente compatibles con el orden constitucional, siempre que sea el titular del derecho quien consienta tal limitación. Se trata, en definitiva, de una interpretación que intenta atenuar la rigurosidad que entrañaría la consideración de cualquier derecho fundamental como límite de la autonomía privada, porque, según estos autores, "decir abstracta y absolutamente que un derecho fundamental cualquiera es rigurosamente inalcanzable para la autonomía privada, constituye una afirmación que, por lo menos, no refleja toda la verdad y oculta buena parte de ella"³³⁷.

Pero desde la doctrina constitucional es mayoritaria la tesis que propugna el carácter indiscutible de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales³³⁸. Señala, a este

³³⁵Nos referimos a GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Ed. Civitas, 1986, pp.116 y 117.

³³⁶La S.T.C. 19/85, de 13 de febrero, al hilo de un posible conflicto entre libertad religiosa y despido, el Tribunal Constitucional reconoció la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, en los siguientes términos: "[...] aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas en la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas" (F.J.1º).

³³⁷GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, op.cit., p.116.

³³⁸Así de rotundos se muestran, entre otros, FREIXES SANJUAN (*Constitución...*, op.cit., p.113), PÉREZ LUÑO (*Los derechos fundamentales*, 2ªed., Madrid, Ed. Tecnos, 1986, p.23), BALLARÍN IRIBARREN ("Derechos fundamentales y relaciones particulares", *R.E.D.C.*, nº24, 1988, p.289). Estos autores hacen derivar la eficacia respecto a terceros de los derechos fundamentales de lo consignado en el propio texto constitucional en el artículo 9, cuando dispone que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Por su parte, GARCÍA TORRES Y JIMÉNEZ BLANCO (*Derechos fundamentales...*, op.cit., p.15 y ss.) piensan que no existe en la Constitución base textual suficiente para deducir esa eficacia, y es la jurisprudencia la que, mediante la importación de la Drittwirkung, llega a esa

respecto, DE VEGA que "la realidad social del Estado constitucional no funciona desde la simetría y paridad de las relaciones privadas que exigiría la autonomía de la voluntad y, porque, en consecuencia, desde situaciones privadas de privilegio se pueden conculcar los derechos y libertades de quienes ocupan las posiciones más débiles, existe una tendencia generalizada doctrinal, jurisprudencial e, incluso, legalmente a admitir la fórmula de la eficacia directa frente a terceros de los derechos fundamentales"³³⁹.

A nuestro juicio, se debe partir de una premisa, a modo de respuesta general y abstracta acerca de la problemática aquí expuesta: la evidente e ineludible eficacia directa de los derechos fundamentales frente a terceros. El artículo 9 de la Constitución al sujetar a los poderes públicos pero también a los ciudadanos a la norma suprema no hace sino confirmar la vinculación de los particulares al contenido constitucional, vinculación que se acentúa por el régimen especial de inatacabilidad de los derechos fundamentales, configurados como inalienables, irrenunciables, indisponibles e imprescriptibles. Tal contenido especial obliga a dotarlos de carácter preceptivo para protegerlos de los atentados del Estado y de los poderes públicos, pero también -y no con menos razón- de los atentados que puedan producirles los particulares actuando en nombre de la libertad individual³⁴⁰.

De la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a los particulares (premisa general y abstracta de la que partíamos) se desprende, sin duda, su carácter de límite a la autonomía privada (conclusión que ha de ser también general y abstracta). De esta forma, serán nulos los negocios jurídicos que pretendan -amparados en la autonomía de la voluntad- limitar o contradecir el contenido de los derechos fundamentales.

conclusión.

³³⁹DE VEGA GARCÍA, P., "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social", en AA.VV., *Derecho y economía en el Estado social*, ed. por J. Corcuera y M.A. García Herrera, Madrid, Ed. Tecnos, 1988, p.133.

³⁴⁰Cfr. PRATA, A., *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p.137. El problema de la eficacia directa de los derechos fundamentales se ha resuelto en Portugal desde la propia Constitución, cuyo art.18 señala que "*los derechos constitucionales relativos a los derechos y libertades son directamente aplicables a las entidades públicas y vinculan a éstas*".

No obstante, hemos de advertir que el reconocimiento con carácter general tanto de la eficacia directa de los derechos fundamentales como de su virtualidad para actuar como límites de la autonomía privada encierra algunas dificultades prácticas en el ámbito de determinados derechos. En concreto, nos referimos a la problemática que suscita el derecho a la igualdad como límite de las relaciones interprivadas, ya que, como ha señalado BERCOVITZ, resulta inherente al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual sobre la igualdad³⁴¹.

Pero el problema de la eficacia directa del derecho a la igualdad frente a los individuos se debe plantear en términos particulares y no debe afectar a la premisa general que hemos asumido. Y ello porque es la propia configuración constitucional del derecho a la igualdad la que determina las peculiaridades en su enfrentamiento con el principio de la

³⁴¹Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., cit. por LÓPEZ, A. y MONTÉS, V., *Derecho civil...*, op.cit., p.292. En el mismo sentido, DORAL (*La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1967, p.22) destaca que la igualdad no es fácilmente conjugable con la autonomía, "que es, por el contrario la antítesis de la igualdad ya que se funda en la *arbitrariedad privada*. La autonomía privada responde a la regla de manifestar el arbitrio de los particulares, y, en consecuencia, la plena libertad de discriminación entre terceros". Mas, como señala PRIETO SANCHÍS ("El sistema de protección de los derechos fundamentales...", op.cit., p.392) la aparente desconexión entre el ámbito privado y el principio de igualdad "no sucede porque la igualdad sea irrelevante en las relaciones privadas, sino porque ha de conjugarse con la libertad ideológica y personal de los demás individuos. Si un particular puede tener una liberalidad con la confesión religiosa de su preferencia y, en cambio, esa misma conducta sería discriminatoria si la realizase el Estado, no es porque el principio de igualdad juegue sólo frente al poder, sino porque éste carece de libertad religiosa y, en cambio, en el ámbito privado el principio igualitario ha de conjugarse con la libertad de los demás individuos".

Similar problemática se presenta en el ámbito del Derecho laboral. En este sentido RODRÍGUEZ PIÑERO ("Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales", *Relaciones laborales*, nº 17, 1991, p.2) se cuestiona la eficacia del principio de igualdad en el contrato de trabajo señalando que "La eficacia indiscriminada del principio de igualdad a todos y cada uno de los pactos y decisiones empresariales significaría someter a revisión puntual la razonabilidad y no arbitrariedad de cada uno de esos pactos y decisiones. Al contrario, si se afirma que la autonomía contractual no se encuentra vinculada por la obligación de trato igual alguna, podrían justificarse situaciones no sólo injustas sino también contrarias a la propia dignidad de la persona". Así, concluye que "el problema es aquí de proporción y de límites, y de optimización entre diversos valores constitucionales en juego, no sólo el principio de igualdad sino también la libertad de trabajo (art.35 CE), la libertad de empresa, la garantía a su ejercicio y la defensa de la productividad (art.38 CE), equilibrio que no permite ni una libertad contractual sin límites ni tampoco una funcionalización de los poderes privados".

autonomía privada. Como ha señalado MORTATI³⁴², la igualdad no constituye el objeto de un derecho subjetivo autónomo sino que es un criterio objetivo que opera sobre la disciplina de las relaciones; es un principio constitucional inspirador de los derechos más que un derecho fundamental en sentido estricto, tal y como se deduce de su propia ubicación en la Constitución española.

La especialidad que supone el principio a la igualdad -ya que resulta problemático hablar de un derecho autónomo a la igualdad- es la responsable de que su oponibilidad interprivada no resulte "tan rigurosa" como en el resto de los derechos fundamentales, aunque, no obstante, se parta de la regla de su eficacia directa.

Como conclusión resulta expresiva, la STC 177/1988, de 10 de octubre: "Ciertamente, el art.53.1 del Texto Constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que "en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social" (STC 18/1984). De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, *si bien con ciertas matizaciones*, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de la igualdad de trato. No cabe olvidar que el art.1.1 CE propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el art.9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas"³⁴³.

³⁴²MORTATI, C., *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova, Ed. Cedam, 1976, vol.II, 9ªed., p.1023.

³⁴³STC 177/1988, de 10 de octubre, F.J.4.

1.1. En especial, los derechos fundamentales como límites de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad

En este apartado haremos referencia, por razones de importancia práctica, a dos supuestos concretos en los que los derechos fundamentales funcionan indiscutiblemente como límites a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad.

En primer lugar, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, del artículo 15 CE, resulta un límite negativo para las cláusulas que pretendan la exclusión de la indemnización en las hipótesis de daños corporales o morales o muerte de la víctima. La limitación opera, no obstante, indirectamente: la cláusula de irresponsabilidad en sentido estricto no determina la exclusión o la disposición del propio derecho -no se trata de renunciar a la integridad física y moral o a la vida- pero sí implica la exclusión o la limitación de la protección civil del mismo, ya que se configura como una renuncia a la indemnización jurídicamente establecida en caso de lesión de estos derechos fundamentales.

Este límite, a veces fundamentado en la moral y en el orden público de protección, resulta, desde esta perspectiva, aplicable a cualquier relación jurídica: la eficacia directa de los derechos fundamentales hace factible su inmediata oponibilidad ante los particulares que pretendiesen obviar la protección civil concedida desde el ordenamiento jurídico. Además, hay que subrayar que algunas disposiciones especiales lo han positivado, negando expresamente la posibilidad de que se supriman convencionalmente las indemnizaciones en los supuestos de muerte o lesiones corporales. Es el caso, por ejemplo, de algunos Convenios internacionales que regulan el transporte, sobre todo marítimo y aéreo, de personas³⁴⁴ y de

³⁴⁴Algunos Convenios internacionales sobre transporte prohíben cualquier tipo de cláusula y, en especial, las que tengan por objeto limitar o exonerar al transportista de los daños causados a la integridad física de los pasajeros. Así se expresa el artículo 23 del Convenio de Varsovia de 1929 sobre transporte aéreo y el art.18 del Convenio de Atenas de 1974 sobre transporte por mar. No obstante, al tiempo que se limitan desde la perspectiva convencional estos pactos, las leyes -y también estos Convenios- suelen establecer límites legales para las indemnizaciones en estos casos. La limitación legal de los daños corporales ya había sido criticada por VINEY ("La sanction et la reparation des atteintes au corps humain en Droit française", en *Le corps humain et le Droit (Journées belges)*. *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, Ed. Dalloz, 1975, p.343) que reclamaba la

la Directiva CEE de abril de 1993³⁴⁵ sobre cláusulas abusivas en la contratación de consumidores, cuya letra a) de su Anexo declara la nulidad de las cláusulas "*que tengan por objeto o por efecto excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional*".

Una segunda hipótesis se refiere a los derechos al honor, intimidad y propia imagen del artículo 18 de la Constitución. En tanto derechos fundamentales actúan como límites a la autonomía privada, y, en particular, como límites a los pactos o convenciones que supriman la responsabilidad civil por la lesión de estos derechos. Al igual que en el supuesto anterior, estos derechos actúan como límites al negocio que implique la renuncia (por ejemplo, mediante cláusulas de irresponsabilidad en los contratos publicitarios o de imagen) a la protección civil que se les confiere desde el ordenamiento jurídico, y que emana de su posición privilegiada dentro del orden constitucional. La indisponibilidad de los derechos mencionados ha sido también consagrada en la Ley orgánica 1/82, de 5 de mayo, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuyo artículo 1.3 prescribe que tales derechos "*son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles. La renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2º de esta Ley*".

oportunidad de una reparación generosa y una sanción estricta a los atentados contra el cuerpo humano, al tiempo que señalaba la indispensable y urgente necesidad de separar definitivamente entre la sanción de la culpa y la reparación de los daños en esta materia. La línea crítica apuntada por la profesora francesa ha sido tenida recientemente en cuenta por la UE en la propuesta de Reglamento sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (DOCE C n°104 18 de 10 de abril de 1996), cuyo art.3 elimina los límites legales en la indemnización de los daños corporales. Sobre este particular, vid. el apartado dedicado a los límites en materia de transporte en el capítulo 3º, parte II.

³⁴⁵DOCE L n°95 de 21 de abril de 1993.

2. EL ARTÍCULO 1102 DEL CÓDIGO CIVIL: EL DOLO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA PRIVADA

El artículo 1102 del C.c. es referido en este estudio desde una doble perspectiva: En primer lugar, como principal argumento positivo, interpretado *a contrario sensu* y con relación al artículo 1103 C.c., para justificar la validez de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual. En segundo lugar, como la primera y fundamental limitación a estas estipulaciones, ya que expresamente prohíbe cualquier renuncia anticipada a la acción derivada del dolo, al determinar que "*La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula*".

Es el análisis de este segundo extremo el que va a ocupar las páginas siguientes.

2.1. El concepto de dolo en el cumplimiento de las obligaciones

El concepto de dolo es frecuentemente aludido a lo largo del articulado del Código Civil, si bien no podemos decir que lo sea con el mismo sentido. Es obvia la heterogeneidad de matices, o mejor de funciones, que pueden subyacer en el concepto de dolo, aunque siempre haciendo alusión a la idea de mala fe, engaño o fraude, que indiscutiblemente lleva aparejado.

El desentrañar cuáles son las diversas funciones o variedades del dolo no es materia que nos ocupe ahora. Tan sólo mencionar que su significado puede oscilar entre el dolo-vicio o dolo causal del artículo 1269 del Código, dolo-fraude del artículo 1111, motivo reprochable de los artículos 1305 y 1306, dolo-conocimiento del estado de hecho (art. 814 y 1080 C.c.) y, por supuesto, dolo como criterio de imputación o agravación de la responsabilidad del deudor del artículo 1102 del Código civil³⁴⁶.

³⁴⁶Cfr. CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 1102", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op.cit, T.XV-1º, p.449.

Realmente, es éste último sentido el que nos interesa dilucidar, en aras de acometer el análisis del alcance de la prohibición que el artículo 1102 supone para las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual.

Partiendo de la identidad sustancial entre el dolo civil y el dolo penal³⁴⁷-quizás con la matización en lo que se refiere a la gradación del dolo³⁴⁸-, podemos decir, en una primera aproximación, que existe dolo en el incumplimiento de las obligaciones cuando el deudor actúa con propósito deliberado de incumplir. Sería, entonces, aquella acción u omisión que realiza el deudor para eludir el cumplimiento de sus obligaciones consciente del

³⁴⁷Por todos, vid. DE COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el Derecho Civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p.23. La misma opinión parecen sostener eminentes penalistas citados por el propio autor. Así, para MANZINI (*Tratatto di diritto penale italiano*, T.II, p.131) pretender que el dolo civil sea diverso del penal es cosa absurda: es la misma causa que evaluada diversamente de lugar a efectos jurídicos diversos. FERRER SAMA (*Comentarios al Código Penal*, Murcia, 1946, T.I, p.35), en el mismo sentido observa que no es una distinción de naturaleza sino de efectos o consecuencias, o sea que, si el ordenamiento señala al hecho sanción civil o penal, ello da lugar a que hablemos de ilicitud de una u otra clase.

³⁴⁸El dolo en el campo del Derecho penal es susceptible de gradación; tradicionalmente se distingue por la doctrina entre el dolo directo y el dolo eventual. Esta clasificación, avalada por la mayor parte de los autores, pone de relieve el aspecto volitivo del dolo. En el dolo eventual el autor del acto se representa únicamente como probables las consecuencias antijurídicas de su actuar, y a pesar de ello, actúa, asumiéndolas. En el dolo directo, sin embargo, el "querer" del autor se dirige a las consecuencias de su acción como a un fin o, cuando menos, se las representa como necesarias (Cfr. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, 2ªed., Madrid, Ed. Akal, 1986, p.225 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte general*, 4ªed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, pp.566 y 567). Esta clasificación carecería de relevancia en el terreno del ilícito civil, donde parece indiferente, no tanto conceptualmente sino en el plano de las consecuencias, el dato de la intencionalidad, esto es, los efectos del comportamiento doloso en el Derecho civil no difieren por el hecho de que su autor haya realmente querido los resultados que provoca o, representándose como forzosos, no los haya evitado. Como advierte BADOSA COLL ("Comentario al artículo 1102", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, op.cit., T.II, p.37), la "presentación unitaria" del dolo en contraste, no ya con el dolo penal sino con el propio concepto de culpa, el cual sí es susceptible de graduabilidad, deriva de la "gravedad máxima" que el dolo supone. "En el dolo no hay ninguna referencia a modelos de conducta ni grados dentro de ellos, sino que la valoración de la subjetividad es absoluta, se tiene en cuenta únicamente la actitud contradictoria del deudor frente al deber de la prestación". A pesar de ello, podría señalarse que si bien la gradación es irrelevante en el Derecho civil en orden a las consecuencias, no lo es en cuanto a señalar el punto mínimo a partir del cual empieza a considerarse dolosa la conducta, cual es el del dolo eventual. Es decir, que la división del dolo penal en dolo eventual y dolo directo, serviría precisamente para delimitar las fronteras del dolo civil; para precisar cuándo la conducta es dolosa y no es culposa: la conducta dolosa, para el Derecho civil, comenzará en el dolo eventual.

resultado que va a producir, resultado que no es aquí sinónimo de daño, sino que se proyecta al hecho típico, que la ley valora como incumplimiento³⁴⁹; o en otras palabras, "un quebrantamiento voluntario de la obligación, sustrayéndose a su cumplimiento con total conciencia de producir un acto antijurídico"³⁵⁰.

Dos elementos se han visto implicados tradicionalmente en su concepto, el intelectual y el volitivo³⁵¹. El primero alude a la consciencia de obrar de una forma antijurídica, esto es, de comportarse conociendo que se están vulnerando las obligaciones asumidas en el contrato. El segundo, implicaría la necesidad de que dicho actuar, y especialmente sus

³⁴⁹Cfr. CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 1102", op.cit., pp.452 y 453. Literalmente el autor expone que "a diferencia del dolo delictivo (civil o penal) el resultado sobre el que se proyecta la conducta del deudor no es el resultado material que supone directamente lesión del derecho o interés de un tercero. El hecho típico que el ordenamiento valora como incumplimiento no necesariamente ha de ser un hecho material dañoso de un interés ajeno. *Dolo es hecho valorado como incumplimiento, no hecho valorado como daño.* [...] *El daño no será entonces un elemento estructural del juicio de reproche por dolo, sino una condición objetiva de responsabilidad (si no hay daño, no hay lugar a responsabilidad)". (Ibidem, p.453).*

³⁵⁰STS 21 junio 1980. En términos similares se expresan una larga lista de sentencias del Supremo, hijas de una reiterada jurisprudencia sobre el concepto de dolo en las obligaciones: STS 15 julio 1983, 23 octubre 1983, STS, Sala 2º, de 11 julio 1988 -la cual define el *dolo subsequens* como aquél que aparece "cuando uno de los contratantes de modo consciente y voluntario incumple lo que le incumbe"-.

³⁵¹La nota infamante del dolo, el *animus nocendi*, que el Derecho Romano le atribuía, hoy está casi con unanimidad (incluso para los partidarios de la teoría de la voluntad, esto es, para los que creen indispensable el elemento volitivo en el dolo - así, vid.: ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, op. cit., T.II., vol.1º, p.165; CASTÁN, J., *Derecho civil...*, op.cit., T.III, p.253; DE COSSÍO, A., *El dolo...*, op.cit., p.37-) desterrado del concepto de dolo. Significa esto que no es necesario que el contratante que incumple lo haga con el ánimo o intención de perjudicar al otro contratante, sino que basta el propósito deliberado de negarse a ejecutar las obligaciones contractuales ("Para que haya dolo no es precisa la intención de dañar al acreedor, basta el incumplimiento premeditado": ALBALADEJO, *Derecho civil*, op.cit., T.II, vol.1º, p.165).

En otro orden de cosas, hay que señalar que actualmente amplios sectores de la doctrina penal prefieren abrigar la sistemática finalista (abandonando así la concepción clásica de von Listz), en la que el dolo se considera parte esencial del injusto y no de la culpabilidad. Esta nueva tendencia transformaría el concepto de dolo penal: si en la doctrina causalista clásica el dolo se identifica con el *dolus malus*, siendo sus elementos el conocimiento y la voluntad del actuar y la conciencia de obrar jurídicamente -como aún afirman los citados COBO y VIVES-, en la doctrina finalista se restringe el concepto de dolo y se reconduce a la noción de dolo natural, en la que se exige conocer y querer la acción pero no la conciencia de su significación antijurídica. Cfr. MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*, 4ªed., Barcelona, Ed. PPU, 1996, pp.124-126 y 238-239.

consecuencias, fuesen queridas expresamente por el deudor, esto es decir, comportaría un cierto grado de intencionalidad en el agente respecto del resultado que con su comportamiento va a producir.

El elemento intencional se ha visto, sin embargo, relativizado por algunos autores. Así, DÍEZ-PICAZO advierte que "en el concepto de dolo civil deben entenderse incluidos no tanto los supuestos de voluntario incumplimiento cuanto aquéllos en los que el deudor es consciente de que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo"³⁵². En fin, y como señala TRIMARCHI, para que exista dolo no es necesario que el hecho de causar un daño constituya el objetivo específico del acto (es suficiente con que haya sido previsto y aceptado por el agente) pero sí es imprescindible que sea conocida la cualidad *injustamente dañosa* del evento, por lo que puede decirse sin reparos que el error excluye al dolo³⁵³.

Otro sector científico, considera el elemento intencional imprescindible para la calificación de una conducta como dolosa. Para CASTÁN, el dolo significa, en el balance obligacional, una voluntad consciente por parte del deudor de no cumplir, de provocar el

³⁵²DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.II, p.610. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA ("Comentario al art.1102", op.cit., p.452): "El dolo *no es voluntad de incumplimiento*, sino de un hecho típico -contrario al contrato- que determina la insatisfacción del acreedor [...] La voluntad contraria al vínculo *no se extiende a la valoración jurídica* que haga el deudor o al alcance normativo que éste le atribuya al acto". Asimismo la SAP de Valencia de 15 de diciembre de 1994 (Ar.Civ. 2111) señala que "es doctrina constante de nuestro más alto Tribunal que no se puede hablar de *dolo civil* en la intencionalidad de dañar que lo equipararía al dolo penal y aun cuando son dolosos los daños realizados con malicia o intención, sólo cabe apreciarlo cuando existe una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, de acuerdo con lo previsto en el art. 1107 C.c. que hace coincidir el dolo con la mala fe, con infracción de modo voluntario del deber que pesa sobre el arrendatario, con la conciencia de realizar un daño antijurídico" (F.J.3º).

³⁵³Cfr. TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto privato*, 9ªed., Milano, Giuffrè Ed., 1991, p.142. El error que excluye al dolo puede derivarse de la errónea convicción de que la conducta no es propia para causar un daño (error de hecho) o de la ignorancia de una norma de derecho; pero en este caso se debe tratar de una error que afecte a la cualificación jurídica de elementos de la situación en la que se opera (p.ej. por un error de derecho creo que la cosa es mía y niego la restitución). En cambio, el dolo no se verá excluido por la ignorancia de la norma que prohíbe el comportamiento dañoso.

resultado antijurídico de la violación del derecho de crédito³⁵⁴. Por su parte, DE COSSÍO lo concibe como "una manifestación de voluntad, consciente y libre, encaminada a producir efectos antijurídicos"³⁵⁵.

Sintéticamente, la cuestión pasaría por averiguar si el dolo en materia civil "necesita propiamente la volición del daño o basta la conciencia de que al hecho seguirá el daño"³⁵⁶. A nuestro juicio, bastaría la existencia del elemento intelectual: del conocimiento de que se obra de forma antijurídica. Además, "si el autor conoce el daño y, sin embargo, actúa con indiferencia de cuál sea la motivación u objetivo que coloca en primer lugar, no cabe desconocer que en su acción se encuentra ínsito un elemento de voluntariedad, ya que es indiferente a este respecto que alguien realice un acto queriendo perseguir un resultado determinado o que se actúe, aún sin desear esta consecuencia, sabiendo que de todas maneras la misma se va a producir en cuanto se plasme una precisa conducta"³⁵⁷.

El comportamiento doloso puede formalizarse a través de una conducta activa u omisiva³⁵⁸, desde el momento en que el incumplimiento puede revestir estas dos

³⁵⁴Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil...*, op.cit., T.III, p.265 y ss.

³⁵⁵DE COSSÍO, A., *El dolo...*, op.cit., p.91. Asimismo LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho civil*, op.cit., T.II, vol.1º, p.505) define el dolo como "la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad; sabiendo que puede ser dañoso a los demás; pero sin necesidad de que el agente haya previsto o podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos". Más allá llega DE LOS MOZOS ("Del dolo civil al dolo procesal", *R.D.P.*, 1984, p.343) quien define al dolo como "comportamiento malicioso en, o ante, cualquier operación o actuación jurídica llevada a cabo con intención de causar un daño o un perjuicio a otro o de inducirle a error".

³⁵⁶BARBERO, D., *Sistema de Derecho Privado*, trad.esp., Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1967, T.IV., p.701.

³⁵⁷CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Ed. Tecnos, 1989, p.87. DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, op.cit., T.II, p.611) parece llegar más lejos al considerar que en la mayoría de los supuestos el *animus nocendi* o el *animus lucrificacendi* se encontrarían implícitos en la conducta. Este último término, acuñado por LUPOI, integra la intención del deudor no tanto de dañar al acreedor cuanto de lucrarse con su actuación y, a su entender, debe ser, en esta materia, asimilado al estricto *animus nocendi*.

³⁵⁸Observa MANRESA ("Comentario al art.1102", en *Comentarios al Código civil español*", 5ªed., Madrid, Ed. Reus, 1950, T.VIII, vol.1º, p.172) que "si bien el dolo puede cometerse por

modalidades. DÍEZ-PICAZO, no obstante, rechaza la posibilidad del dolo omisivo. El dolo, en su concepción, claramente influida por la de LUPOI, exige un comportamiento activo. La simple omisión de lo debido por el deudor no es factor suficiente para la calificar al comportamiento como doloso. "Sólo adquiere este carácter cuando aparece una conducta sucesiva particularmente reprobable o cuando mediante la omisión se consigue el incumplimiento definitivo"³⁵⁹.

Nadie duda que la simple omisión de la prestación debida sea insuficiente para determinar el dolo del deudor, como tampoco es criterio suficiente el sólo incumplimiento activo. Se han de producir otra serie de circunstancias para que proceda calificar de dolosa la omisión y la actividad, circunstancias que ya se han especificado y que han de concurrir en los dos supuestos en las mismas condiciones. No creemos que el dolo omisivo, el cual, por otro lado, tiene un importante campo de acción en el ámbito de las obligaciones de saneamiento por vicios ocultos y por evicción que asume, o mejor, que puede asumir el vendedor en el contrato de compraventa³⁶⁰, deba aparecer especialmente cualificado frente

omisión [...] predomina en aquél la modalidad que se manifiesta por conducta activa".

³⁵⁹DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.II, p.613.

³⁶⁰El saneamiento por vicios ocultos o por evicción ha sido tradicionalmente calificado como un elemento natural del contrato de compraventa, en oposición a esencial, circunstancia que permite el juego de las cláusulas limitativas o exoneratorias de la responsabilidad derivada de estas obligaciones. El artículo 1475 del Código civil, referente a la garantía de evicción, es claro al respecto: "*Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada. El vendedor responderá de la avicción aunque nada se haya expresado en el contrato. Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor*". El régimen de tales limitaciones convencionales no contiene especialidad alguna con respecto al general, ya que el límite que establece el propio Código civil para la validez de las cláusulas es el del dolo. Así, el artículo 1476 advierte que: "*Será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción siempre que hubiere mala fe de su parte*". En el mismo sentido, los pactos relativos al saneamiento de vicios ocultos están limitados también a la existencia de mala fe en el vendedor; el artículo 1485, al determinar que "*El vendedor responde al comprador de la existencia del saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida aunque los ignorase. Esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario, y el vendedor ignorase los vicios o defectos ocultos de lo vendido*", deja entrar que en caso de que el vendedor conozca la existencia de los vicios (esto es, cuando haya dolo por su parte) son ineficaces los pactos que lo eximan de responsabilidad.

Se puede comprobar que en ambos casos -saneamiento por evicción y por vicios ocultos- el dolo omisivo puede jugar un importante papel, ya que el vendedor, generalmente, omitirá la

al dolo activo³⁶¹.

existencia de tales defectos para así estipular una cláusula de irresponsabilidad. Como señala QUIÑONERO CERVANTES ("El dolo omisivo", *R.D.P.*, 1979-I, p.357), la conducta que prevén estos artículos "es característica de dolo omisivo, pues hace referencia a quien conoce y no manifiesta". Representa, como indica LLÁCER MATA CÁS ("El dolo en el saneamiento por vicios ocultos", *A.D.C.*, 1992, p.1513) el "conocimiento y no manifestación", "el silencio o reticencia", que, no obstante, puede venir acompañada de un comportamiento activo, radicado en una actividad encaminada a evitar que el comprador conozca la existencia de tales vicios.

Al hilo de esta aclaración se debe insistir en la importancia que poseen en la práctica los pactos de estas características, sobre todo en lo que respecta a los vicios ocultos de la cosa vendida. En determinados contratos como el *leasing* o la compraventa de vehículos usados son muy frecuentes las cláusulas por las que el vendedor se descarga de su responsabilidad por los vicios o defectos que puedan acarrear las cosas objeto de contrato. En el contrato de *leasing*, al que según el art. 1553 C.c. le es aplicable las normas relativas al saneamiento de vicios ocultos de la compraventa, el usuario suele renunciar de modo expreso a cualquier reclamación para con la sociedad de *leasing* por razón del material entregado, renuncias que son válidas siempre que cumplan dos requisitos: "1º: que la sociedad de leasing no actúe con dolo y no conozca los vicios ocultos de la cosa y 2º: que se pacte expresamente la subrogación por parte de la sociedad de leasing y a favor del usuario para que ejercite sus derechos" (SAP Córdoba de 15 noviembre de 1993, *Ar.Civ.*2232). Sobre este particular, vid. RICO PÉREZ, F., "La responsabilidad civil del productor en Derecho español", *R.D.P.*, 1978-II, p.283 y PARRA LUCÁN, M.A., "El leasing en la jurisprudencia", *Ar.Civ.*, nº10, sept.1994, p.11 y ss. y la jurisprudencia italiana citada en el capítulo único de la parte III, (nota). En el caso de la compraventa de vehículos usados la utilización y validez de las cláusulas exoneratorias de responsabilidad se justifica, como señala ORTÍ VALLEJO ("La compraventa de vehículos usados: caracteres y efectos", *R.D.P.*, 1987-I, p.125), "en la propia naturaleza de la cosa vendida: el haber prestado un anterior servicio presupone una previsibilidad de deficiencias de las que es lícito que el vendedor no responda y pretenda estar a cubierto de estas reclamaciones".

³⁶¹Cfr. CARRASCO PERERA, A., "Comentarios al art.1102", op.cit., p.456; QUIÑONERO CERVANTES, E., "El dolo omisivo", op.cit., p.345. En la doctrina francesa MAZEAUD, H., L., y J., CHABAS, F. (*Traité théorique et pratique...*, op.cit., T.III, vol.2º, p.14.) se han pronunciado expresamente a favor de la posibilidad de que, en materia contractual, una actitud pasiva no agresiva, pero voluntaria, puede denotar mala fe y será suficiente para integrar el concepto de dolo si constituye un obstáculo para la ejecución del contrato. Advierte, no obstante, CARRASCO PERERA ("Comentario al art.1102", op.cit., p.456) que la omisión puede considerarse dolosa "siempre que a cargo del deudor exista una obligación consistente en un hacer (construir, denunciar, informar, etc.), no cuando la omisión sea simple infracción de la diligencia exigible en el cumplimiento del artículo 1104", porque en este caso, omisión de la regla de diligencia, "no podemos sin más hablar de dolo, sino de *culpa lata*, ya que, en efecto, la culpa se concibe como infracción de modelo de diligencia".

2.2. Contenido de la norma: el dolo como límite de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad

El artículo 1102 impone, como ya se ha adelantado, un primer límite insalvable aplicable a cualquier cláusula que tenga por objeto restringir la responsabilidad. Así, tras establecer la "prestabilidad general del dolo"³⁶² en todas las obligaciones, advierte de la nulidad de la renuncia anticipada a la acción de dolo, extremo que siendo lógico corolario de la exigibilidad de la responsabilidad originada por dolo que se proclama en la primera frase del precepto, viene a reforzarla al impedir cualquier inmisión de la autonomía privada en el supuesto contemplado.

La norma, en sí poco polémica, está lejos de ofrecer problemas interpretativos, al margen de determinadas cuestiones muy concretas. Se refleja, esta ausencia de problematicidad, en la escasa atención que le ha prestado tanto la doctrina como la jurisprudencia, ayudada, a su vez, porque consagra una prohibición del todo asumida por la comunidad científica, ya desde tiempos remotos³⁶³, presente, por otra parte, en la mayoría

³⁶²BADOSA COLL, F., "Comentario al art.1102", op.cit., p.36. La primera parte de la norma conduce necesariamente a la función del dolo como el criterio de imputación o de agravación en el juicio de la responsabilidad contractual, cuestión íntimamente ligada con las teorías subjetivas u objetivas de la responsabilidad derivada del 1101 C.c. y ya tratada en el capítulo 2º, parte I, al cual nos remitimos.

³⁶³La imposibilidad de renunciar anticipadamente a la acción derivada del incumplimiento doloso resulta una regla ya consagrada desde el Derecho Romano. En efecto, en el Digesto numerosos pasajes (D.I,1,17,3; D.I,1,17,6), entre los que destaca el D.L.,17,23 ("*Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt quidam et dolum et culpam...; nam hoc servabitur quod initio convenit..Excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit ne dolo praestetur: hoc enim bonae fidei iudicium est; et ita utimur*") ponen de manifiesto la nulidad de los pactos cuyo objeto sea la exoneración del deudor en caso de dolo *-ne dolo praestetur-*. La nulidad de la renuncia anticipada a la acción de dolo es la excepción, como demuestra VICENTE Y GELLA ("Condiciones de no responsabilidad", R.C.D.I., 1928, pp.567 a 570) a través de numerosos pasajes del Digesto, a la regla de que la voluntad de las partes decide soberanamente sobre la responsabilidad contractual.

Imbuídas por la tradición romanística, las Partidas prohíben igualmente las convenciones que tengan por finalidad exoneración del deudor de la responsabilidad derivada del incumplimiento doloso. La Ley 29, Título XI, de la Partida V resulta la más contundente en este sentido: "*Condición o padezimientto faziendo algún ome a su mayordomo o a su despensero que non le demande engaño nin furto que le fiziese dende adelante, non valdryan tal pleyto ni tal promisión*". La razón de tal prohibición se aclara a continuación: "*E esto porque tales pleytos podrian dar carrera a los omes de*

de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno³⁶⁴.

Sin embargo, conviene efectuar dos aclaraciones.

La primera es el significado, o mejor, lo que el legislador ha querido decir al utilizar el término *renuncia*. No empleó el vocablo en su acepción técnica, de renuncia a derechos ya adquiridos, sino refiriéndose a la exclusión de la ley aplicable, rechazando, así, cualquier intento por parte de los contratantes, o por los obligados por otro título diverso del contrato, de exclusión de las normas de responsabilidad contractual en caso de dolo en el deudor (rechazando, en otras palabras, la posibilidad de renuncia anticipada a la acción de dolo). En palabras de FIGA FAURA, "no hay dificultad alguna en admitir que nos encontramos ante un caso típico de prohibición de exclusión voluntaria de la Ley aplicable y que esta prohibición no alcanza a la renuncia a la acción cuando ésta ya haya nacido por haberse

fazer mal: e non deben ser guardados". Así, fundamentándose en razones de tipo moral, las Partidas continúan la tradición jurídica de prohibir la renuncia anticipada a la acción de dolo.

³⁶⁴La nulidad de la renuncia anticipada a exigir el dolo del deudor se repite en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos. El artículo 1229.1º del Codice civile y el parágrafo 276 del BGB alemán, ya citados, consagran específicamente esta regla, al igual que el artículo 100.1º del Código suizo de las obligaciones que prescribe que "*Est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave*".

Por el contrario, en el Derecho francés no se encuentra ninguna referencia positiva específica a la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad en caso de dolo. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden unánimemente en la ineficacia de tales pactos. Algunos autores galos (MAZEAUD, H., L. y J. y CABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, op.cit., T.III, vol.2º, p.14;) han acudido al artículo 1174 del Code, referido a las obligaciones sometidas a condición potestativa ("*Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*") para fundamentar positivamente la nulidad de los pactos de no-responsabilidad en caso de dolo del deudor. En este sentido, desde el momento en que el deudor doloso es irresponsable del incumplimiento se estaría dejando a una de las partes obligadas la facultad de cumplir o no la obligación, lo que determinaría la subordinación de ésta a una verdadera condición potestativa. Pero, desde otras posiciones, sobre todo desde la jurisprudencia gala, se ha sostenido la ilicitud del pacto en el carácter extracontractual de la acción de dolo -justificada en antecedentes históricos del Code y en la ausencia de una norma semejante a nuestro 1102 C.c.-. El incumplimiento doloso del deudor genera responsabilidad delictual ex artículo 1382 del Código francés, con independencia de que se produzca en la órbita de un contrato (Cfr. LUPOI, M., *Il dolo del debitore nel Diritto italiano e francese*, Milano, Giuffrè Ed., 1969, p.267 y ss.). Así, para quienes sostienen la naturaleza aquiliana de la acción de dolo el fundamento de la nulidad a la renuncia a exigir responsabilidad en el supuesto de dolo del deudor se halla en el carácter de orden público de la responsabilidad extracontractual.

producido el incumplimiento doloso de la obligación"³⁶⁵.

Esta aclaración se ve corroborada por los antecedentes históricos del precepto, que aludían expresamente al momento en que dicha renuncia se realizaba. El artículo 1012 del Proyecto de 1851 señalaba que "cualquier pacto en que se *renuncie para lo futuro* el derecho de reclamarla será nulo", retomando la expresión de las Partidas: "Condición o padecimiento faziendo algun ome a su mayordomo o a su despensero que no le demande engaño nin furto que *le fiziese dende adelante*, non valdryan tal pleyto ni tal promision"³⁶⁶. Pero, asimismo, se infiere del hecho de que las auténticas renunciaciones, las renunciaciones *ex post*, son plenamente válidas aun en el caso de tratarse de la acción derivada del dolo, eso sí sujetas a determinados límites. El ordenamiento jurídico no se muestra contrario a estas declaraciones de dejación de derechos una vez hayan sido adquiridos, porque ya no implican un peligro para las expectativas del acreedor, siempre que tales renunciaciones se realicen con plena consciencia y libertad, y respetando obviamente los límites impuestos en el artículo 6.2 C.c.³⁶⁷.

La segunda de las matizaciones que realizaremos se refiere al ámbito de esta renuncia. El artículo 1102 C.c. no está destinado únicamente a las cláusulas exoneratorias -aquéllas que comprendan una renuncia total- sino que extiende su radio de acción a las limitativas, a las renunciaciones parciales. En efecto, cuando el artículo 1102 C.c. señala que "*la renuncia a la*

³⁶⁵FIGA FAURA, "La renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la Ley", op.cit., p.265. Incluye así la "renuncia" del art.1102 C.c. dentro de "la serie de preceptos de los que cabe sospechar que se refieren a la exclusión voluntaria de la norma, aun cuando se expresen en términos de renuncia" (p.262).

³⁶⁶Ley 29, Título XI, Partida V.

³⁶⁷La renuncia de derechos según reiterada doctrina jurisprudencial- (STS 26 septiembre 1983 (A.4680), STS 16 octubre 1987 (A.7292), STS 2 julio 1992 (A.6502)- supone "una declaración de voluntad, recepticia o no (según los casos y supuestos en los que se produzca) dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica" (STS 5 mayo 1989, A.3588, F.J.3º) y "como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo ha de ser, además de personal, clara, terminante, e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos".

acción para hacerla efectiva es nula", prescribe la nulidad de cualquier tipo de renuncia que determine la ineffectividad de la acción de responsabilidad en el supuesto de dolo, ya sea porque la haga ineffectiva totalmente ya porque la ineffectividad sea parcial o limitada. El principio general de la responsabilidad del deudor permite esta interpretación extensiva. En fin, el límite del artículo 1102 se aplicaría a todo género de cláusulas restrictivas de responsabilidad.

2.3. Fundamento de la norma

Una última cuestión se plantea en esta sede. La averiguación del fundamento de la norma puede constituir el último paso para fijar de modo definitivo el contenido del 1102.

Y es aquí donde fluyen las diferentes concepciones acerca del porqué de tal prohibición. La doctrina precodificadora, receptora de una amplia tradición proveniente del Derecho Romano y de las Partidas, como ya comprobamos, consideraba ya estos pactos como contrarios a las buenas costumbres³⁶⁸ o como pactos con causa ilícita³⁶⁹. El asegurar un mínimo de moralidad en la relación entre contratantes fue, asimismo, la razón que movió a GARCÍA GOYENA para positivizar la nulidad a la renuncia a la acción de dolo en el artículo 1012 de su Proyecto de 1851, tal y como se infiere de sus "Concordancias"³⁷⁰.

Después de la publicación del Código Civil, y como consecuencia de esta concepción

³⁶⁸Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 13ª ed., Madrid, Ed. Librería de Gabriel Sánchez, 1881, p.190.

³⁶⁹Cfr. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, Ed. Librería de Gabriel Sánchez, 1869, T.IV, p.46.

³⁷⁰GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, op.cit., p.542. El artículo 1012 del Proyecto de 1851 decía así: "*La responsabilidad procedente del dolo, tiene lugar en todos los contratos. Cualquiera pacto en que se renuncie para lo futuro el derecho de reclamarla, será nulo*". Califica a estos pactos como "contrarios a las buenas costumbres" y comprendidos, así, en el artículo 994 del Proyecto, cuyo párrafo 3º señala que "*Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios á las leyes o á las buenas costumbres*".

profundamente asentada en el seno de la comunidad científica, el discurso sobre el artículo 1102 C.c., a la hora de explicar su fundamento, se hace, en la doctrina, similar y hasta reiterativo. Un pacto que permitiese al contratante exonerarse de responsabilidad en caso de incumplimiento doloso, contravendría las más básicas reglas de la moral, ya que incitaría, con toda probabilidad a ser doloso al deudor que se sabe seguro de su impunidad³⁷¹.

Al tiempo no faltan quienes consideran la buena fe como determinante de la prohibición del pacto de *dolo non praestando*. En esta línea, RIPERT denuncia la contrariedad de las cláusulas de irresponsabilidad por dolo a la buena fe contractual. Si acreedor y deudor de una obligación contractual deben comportarse según la buena fe y deben cumplir y ejecutar la obligación tal y como lo haría un buen padre de familia o un hombre honesto, una convención que permita al deudor exonerarse de responsabilidad en caso de dolo (en tanto que el dolo y el fraude implican mala fe) se apartaría notablemente de la regla de la buena fe contractual³⁷².

Otras fundamentaciones de la norma se sitúan en el plano de la vinculación jurídica de la obligación y operan desde el concepto mismo de obligación. Como señala ALBALADEJO, "admitir la exoneración de responsabilidad por dolo sería dejar el cumplimiento de la obligación al arbitrio del deudor lo que -conceptualmente- equivaldría a no obligarlo a nada y -positivamente- choca con el texto legal que proclama que el cumplimiento de los contratos (de las obligaciones se puede decir) no puede dejarse al arbitrio de unos de los contratantes (art. 1256 del C.c.)"³⁷³, y en definitiva, se

³⁷¹En este sentido, vid. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, op.cit., T.II, vol.1º, p.180 y ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil*, op.cit., p.217.

³⁷²RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ªed., Paris, ED. L.G.D.J., 1949, pp.292-300.

³⁷³Independientemente de la inmoralidad que constituiría la renuncia anticipada a la acción derivada del dolo, ALBALADEJO (*Derecho civil*, op.cit., p.164) opina que la razón referida en el texto resulta aún más contundente para velar por su prohibición.

transformaría la obligación jurídica en una obligación natural³⁷⁴.

Este argumento es severamente criticado por CRISTÓBAL MONTES cuando advierte que un planteamiento semejante "supone invertir el orden natural de las cosas, ya que las obligaciones no son vínculos jurídicos porque se responde de ellas, sino que tal responsabilidad se da precisamente porque son *vincula iuris*. Sostener que es la responsabilidad la que obliga a cumplir el contrato, es contemplar el problema bajo el ángulo de las meras consecuencias patrimoniales del incumplimiento e intentar desconocer que la fuerza obligatoria del mecanismo contractual deriva directamente de la vinculación jurídica (*lex privata*) que el mismo genera entre las partes contratantes"³⁷⁵.

Sin poner en duda la bondad de estas palabras, no se puede cuestionar que la existencia de responsabilidad contractual concede a la obligación una eficacia que sería muy difícil alcanzar si no se concibiesen medidas resarcitorias, de contenido patrimonial, para el supuesto del incumplimiento doloso. No se pretende fundamentar la juridicidad de las obligaciones en el mero dato de que el Derecho haya previsto sanciones en sentido estricto para su no cumplimiento, pero debemos reconocer que si se permite la inoperatividad de estas sanciones en el caso de dolo del deudor, se estaría erosionando claramente la efectividad del vínculo contractual.

Porque, como ya anticipamos, además es en la impunidad del dolo donde se fundamenta la vinculación del deudor, ya que "sólo puede hablarse de vinculación jurídica si la actividad de que se trata no se halla a su arbitrio o discreción. Que el dolo en el incumplimiento no puede quedar impune significa que no se permite al deudor una voluntad

³⁷⁴Cfr. GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.138; PINTO MONTEIRO, A., "Cláusulas limitativas e de exclusão...", op.cit., p.224. En un sentido similar, CARRASCO PERERA, A., "Comentario al art.1102", op.cit., p.458; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, op.cit., T.II, vol.1º, p.239; STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *Contratos por adhesión*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985, p.120.

³⁷⁵CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, op.cit., p.98.

frontalmente dirigida a violar la necesidad jurídica que pesa sobre la prestación"³⁷⁶. En otras palabras, "vínculo obligacional e impunidad del dolo serían totalmente incompatibles"³⁷⁷.

La inadmisibilidad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad para los supuestos dolosos, se fundamenta, desde otra óptica, en la imposibilidad de que el Derecho ampare la comisión de un acto ilícito³⁷⁸. Permitir el pacto de no responsabilidad en caso de dolo implicaría premiar al deudor que ha sido previsor a pesar de que "su torcido comportamiento ha violentado el derecho ajeno de forma manifiestamente ilegítima"³⁷⁹, esto es, encerraría implícitamente la aceptación del acto ilícito. A nuestro juicio, más bien es la especial reprochabilidad del dolo en el incumplimiento obligacional (porque igualmente ilícito resultaría el incumplimiento por culpa) el fundamento último de esta posición, que recuerda inevitablemente a la *actio doli* como acción autónoma, y, en especial, a ciertas posturas de la doctrina y jurisprudencia francesas que, dada su gravedad, lo situaban en la acción extracontractual, al margen de su ubicación en el seno de un contrato³⁸⁰.

Pero, a nuestro juicio, unos y otros argumentos se pueden reconducir a la más genérica del orden público³⁸¹ y, más concretamente, a una de sus manifestaciones: la

³⁷⁶BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, op.cit., p.719.

³⁷⁷BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, op.cit., p.719.

³⁷⁸Cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.II, p.615.

³⁷⁹CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, op.cit., p.99.

³⁸⁰Cfr. LUPOI, M., *Il dolo del debitore...*, op.cit., p.265.

³⁸¹GARCÍA AMIGO (*Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.139) entiende que la razón fundamental de la prohibición del 1102.2º radica en el mantenimiento del orden público; "suprimir la responsabilidad por dolo es suprimir el contrato mismo -que es uno de los fundamentos básicos de la sociedad moderna- y, en consecuencia, se estaría yendo contra las bases de la organización social vigente, es decir, contra el orden público". También las considera contrarias al orden público DE CASTRO (*Derecho civil de España*, op.cit., p.539) y SCAEVOLA (*Código civil*, op.cit., p.620), quien al comentar la nulidad de la renuncia de la acción derivada de dolo señala que "el Código cede en esto a la doctrina de que el dolo es un asunto de orden público, y de que, por lo tanto, son irrenunciables los derechos que crea [...]".

exigencia de la tutela del crédito, concebida como una de las directivas de nuestro actual sistema contractual³⁸². Es así que el fundamento de la inderogabilidad del dolo reside en la necesidad de segurar en todo caso un mínimo e inderogable *impegno* diligente por parte del deudor³⁸³, "por debajo del cual no es posible ensanchar convencionalmente el ámbito de la liberación, a través de la reducción del rigor de la diligencia como uno de los elementos del hecho liberatorio-extintivo"³⁸⁴.

El asentamiento del fundamento de la norma en la tutela del crédito, como auténtico principio de orden público³⁸⁵ que trasciende al propio Derecho privado³⁸⁶, explica mejor, como ha demostrado BIANCA³⁸⁷, ciertos supuestos que son difíciles de justificar desde otros fundamentos. Así, por ejemplo, la nulidad de las cláusulas meramente limitativas de la responsabilidad en caso de dolo del deudor no es fácilmente acreditada desde otras

³⁸²BENATTI, F., *Contributto allo studio delle clausole...*, op.cit., p.41.

³⁸³Cfr. BIANCA, M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, op.cit., p.397.

³⁸⁴JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, op.cit., p.373. Este autor conviene con los citados en que la ratio del artículo 1102 -y en general de todas las limitaciones establecidas a las convenciones de irresponsabilidad- ha de situarse en la idea de la tutela del crédito.

³⁸⁵El principio de orden público que representa la tutela del crédito ha sido ampliamente analizado por BENATTI (*Contributto allo studio...*, op.cit., pp.41 a 43), quien ha puesto de manifiesto su relevancia en el actual sistema contractual y su incardinación en los procesos productivos. Se trata de un principio esencial que constituye a la vez un principio de orden productivo: mantiene las relaciones normales entre las empresas, en cuanto garantiza la tempestividad y la regularidad en los cumplimientos y asegura la agilidad en la ejecución de los contratos. Pero al tiempo que procura la eficiencia de los cumplimientos contractuales -con proyección importante en el mudo empresarial- impide que el proceso de producción y distribución de la riqueza devenga en daño para la colectividad: de tal forma se inserta en el actual movimiento político-social dirigido a eliminar las sustanciales desigualdades entre los sujetos con el objetido de truncar los abusos del poder privado.

³⁸⁶La tutela del crédito como principio de orden público trasciende el ámbito del Derecho civil o mercantil y justifica la protección que se le dispensa desde el Derecho penal, dado que el derecho de crédito se ha convertido "en algo que tiene unas dimensiones de carácter colectivo, mucho más allá de las estrictas relaciones entre acreedor y deudor". Por ello el crédito merece tutela penal, "pues la sociedad no puede tolerar determinados comportamientos engañosos o fraudulentos que ponen en quiebra los instrumentos de intercambio". Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos)*, Madrid, Ed. Dykinson, 1997, pp.393-395.

³⁸⁷BIANCA, M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, op.cit., p.397.

posturas, en tanto que dichas cláusulas, dado que afectan al *quantum* y no al *an* del juicio de responsabilidad, no entrañarían una desnaturalización de la obligación o un peligro en la vinculación jurídica de la misma; desde la exigencia de la tutela del crédito también se concebiría la tradicional equiparación de la culpa grave al dolo; por último, la nulidad de las cláusulas restrictivas en las hipótesis de dolo cuando el acreedor acepta conscientemente la renuncia a exigir responsabilidad, difícilmente de justificar desde posiciones fundamentadas en la protección de la buena fe (la anuencia del acreedor a la renuncia pudiera neutralizar la mala fe del deudor), encuentran en la exigencia de tutela del crédito su natural encaje.

2.4. Alcance de la regla ex artículo 1102 a dos supuestos controvertidos

Analizado el contenido y fundamento de la norma es preciso determinar cuál es el alcance de la prohibición contenida en el precepto en lo que respecta a dos puntos que pueden presentar inicialmente alguna duda en cuanto a su aplicabilidad. Nos referimos, concretamente, a la extensión del artículo 1102 C.c. a los supuestos de culpa grave o culpa *lata* del deudor y a los casos de dolo de los auxiliares utilizados por el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

a) Acerca de la equiparación de la culpa grave al dolo

Es doctrina dominante en esta materia asimilar a las consecuencias del dolo las de la culpa *lata* -concepto heredado de la tradicional clasificación romanista de la culpa en *lata*, leve y levísima³⁸⁸-, con base en el adagio *culpa lata dolo aequiparatur*³⁸⁹. Se acude,

³⁸⁸Incurren en culpa levísima, según las palabras que SCAEVOLA (*Código civil*, op. cit., TXIX, p.618) recoge de HEINECIO, "aquellos que no ponen el cuidado que prestaría un diligentísimo padre de familia; en culpa leve, los que no ponen los de un padre de familia diligente, y en la *lata* los que no prestan la que suelen poner los hombres enteramente descuidados o, por otro nombre, abandonados". No obstante, y pese a que la clasificación tripartita es asumida por muchos (así, vid. CASTÁN, J., *Derecho civil*..., op.cit, T.III, p.246 y LACRUZ BERDEJO (*Elementos*..., op. cit., T.II, vol.1º, p.235), no faltan quienes opinan que en realidad en el Derecho romano la culpa sólo ofrecía dos aspectos, el leve y el grave, siendo la culpa levísima el resultado de las interpolaciones justinianeas.

entonces, a una interpretación del artículo 1102 según "los antecedentes históricos y legislativos" (art.3 C.c.) para integrar en su contenido la noción de *culpa lata*.

Ontológicamente son dos conceptos diversos³⁹⁰, difiriendo en la nota de voluntariedad, característica del dolo y de la que carece la culpa, por muy grave que sea. Supone la culpa *lata* aquella negligencia absoluta o grosera, como advierten los MAZEAUD³⁹¹, del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones o aquella "negligencia desmedida, esto es, no entender lo que todo el mundo entiende"³⁹². Claro está que aun gozando de la gravedad citada, pertenece a la categoría de culpa y no la sobrepasa; acusa, pues, la falta de voluntariedad en el hecho típico calificado como incumplimiento.

³⁸⁹Este manido adagio tiene sus fuentes en múltiples pasajes del Digesto que coinciden en equiparar el dolo a la culpa lata: "*lata culpa plane dolo comparabitur*" (D.11,6,1,1); "*sed culpa dolo proxima dolum repraesentat*" (D.47,4,1,2); "*latiorem culpam dolum esse*" (D.16,3,2). Precisamente en esta regla del Derecho romano se fundamenta la STS 2 de julio de 1875: "Equiparada al dolo la culpa lata, no cabe acerca de ella el pacto de no prestarla". Sin embargo, tal y como expone TALLADA ("Cláusulas de exoneración de responsabilidad", *Información jurídica*, 1949, p.593), la doctrina romanista se divorcia al plantearse la equiparación del dolo a la culpa grave en el Derecho romano. Así, algunos señalan que tal equiparación es confirmada por numerosos textos, mientras que para otros tal asimilación es imposible dada la contradicción entre los conceptos de culpa lata y dolo, y se debe según DE MEDIO ("Studi sulla culpa lata in di Diritto romano", *Bull. dell'Ist. Dir. Rom.*, 1905, cit. por M. Tallada) a los compiladores justinianos para salvar la dificultad práctica que suponía diferenciarlos (en este punto vid. también CIAN, G., "Lata culpa dolo aequiparatur", *Riv.Dir.Civ.*, 1963-I, p.156 y ss.) No obstante, la doctrina dominante opta por la equiparación sino sustancial, sí desde un plano instrumental. En este sentido, vid., DE COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo...*, op.cit., p.8 y ss.

³⁹⁰CHIRONI (*La culpa en el Derecho civil...*, op. cit., T.I., p.43) insiste en esta idea "La culpa lata tiene un contenido muy distinto del dolo no pudiendo en ningún caso confundirse la voluntad maligna con la negligencia, aunque ésta sea gravísima". Asimismo SCAEVOLA (*Código civil*, op. cit., T.XIX, p.619) después de configurar la culpa lata como "un exceso de negligencia propio de los hombres extraordinariamente descuidados", precisa que "las diferencias entre ambas nociones -culpa grave y dolo- son esenciales", por lo que "no hay posibilidad de equiparar -conceptualmente- la simple culpa y el mero descuido con el propósito deliberado de causar un perjuicio".

³⁹¹MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho civil*, trad.esp., Buenos Aires, Ed. Jurídica Europa-América, 1960, T.II, parte segunda, p.111. Señalan así que "la culpa grave es una culpa no intencional, pero particularmente grosera. Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era reciso no comprender *quod omnes intellegunt*, para obrar como él lo ha hecho, sin querer el daño" (pág.112).

³⁹²TRAVIESAS, M., "La culpa", *R.D.P.*, 1926, p.290.

Sin embargo, y a pesar de la diferencia esencial entre ambas nociones, es casi unánime tanto en la doctrina³⁹³ como jurisprudencia³⁹⁴ la extensión de la prohibición del pacto de *dolus no praestando* a la *culpa lata*. Y la razón última de tal asimilación es una cuestión de carácter procesal: la dificultad de probar el elemento subjetivo, que es como manifestamos la única frontera certera entre las dos formas de incumplimiento, idea que pone de relieve LACRUZ cuando señala que la *culpa lata* se equiparaba al dolo en el Derecho común por la "dificultad de demostrar el dolo directamente", aunque "la equiparación podría defenderse, además, desde otro punto de vista, es decir, considerando que en el Código civil la culpa implica buena fe, y ésta, habitualmente, un mínimo de diligencia"³⁹⁵.

³⁹³En la doctrina española es posición mayoritaria la de quienes asimilan, en lo que respecta a sus efectos, el dolo a la culpa *lata*. Se pronuncian así expresamente: DE COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo...*, op. cit., p.7; GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op. cit., p.146; GARCÍA CANTERO, G., "Droit espagnol", op. cit., p.220; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad...*, op. cit., p.362; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, op. cit., T.II, vol.1º, p.239.; PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad contractual*, op. cit., p.305; ROCA SASTRE, R.M., "Limitaciones legales y convencionales de responsabilidad", en *Estudios de Derecho privado*, op.cit., T.I; TALLADA, M., "Cláusulas de exoneración...", op. cit.; VICENTE Y GELLA, F., "Convenciones de no-responsabilidad", op. cit.; YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional*, op. cit. Esta opinión es seguida, también de forma mayoritaria, por la doctrina francesa: RIPERT; G., *La règle morale...*, op.cit., p.300; MALAURIE, P. y AYNES, L., *Droit civil. Les obligations*, op. cit.; MALINVAUD, P., *Droit des obligations*, op. cit.; MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, op. cit., p.15; MUZUAGHI, A.S., *Le déclin des clauses...*, op. cit., p.179; VINEY, G., *La responsabilité: effets*, op. cit, p.256; ROBINO, P., "Les conventions d'irresponsabilité...", op. cit., p.4. En Italia la cuestión ha dejado de ser controvertida, siquiera mínimamente, en virtud del artículo 1229 del Código civil que equipara legislativamente el dolo a la culpa grave por lo que respecta a la prohibición de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad ("*È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave*") al igual que el Código suizo de las obligaciones, en su artículo 100.

³⁹⁴Entre otras sentencias, las siguientes se han pronunciado expresamente acerca de la equiparación dolo/culpa *lata*: SAT Oviedo 6 de julio 1988 (L.L. 1989-2, R.669): "se puede convenir la limitación o incluso la exoneración de responsabilidad contractual, pero siempre dentro de los límites que señala el artículo 1102, es decir, que nunca será lícita la renuncia anticipada a exigir responsabilidad cuando concurra dolo, según el tenor literal del precepto, o *culpa lata*, según doctrina jurisprudencial del T.S., sobre todo con referencia a contratos de adhesión [...]" (F.J.14º); STS 18 junio 1990 (A.4740): "La culpa -en el supuesto de hecho- ha de considerarse como lata y equiparable al dolo, según la jurisprudencia, a los efectos del art.1102 del C.c. [...]" (F.J.3º); STS 2 julio 1992 (A.6502): "La cláusula de exoneración por incumplimiento tiene como límite el dolo y la *culpa grave*" (F.J.4º).

³⁹⁵LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, op. cit., p.234. También RIPERT (*La règle morale...*, op.cit., p.300) fundamenta la equiparación de la culpa grave al dolo en la vulneración de

Si bien la dificultad de distinguir la intencionalidad en actos de cierta gravedad pudiera ser la clave de la asimilación de los dos conceptos, no es menos cierto que la culpa lata conlleva un reproche -dada la gravedad de la culpa- cercano al que despierta el dolo. Desde esta perspectiva, podríamos considerar un despropósito el hecho de que el Derecho amparase la *culpa lata* del deudor, permitiéndole exonerarse de sus resultados mediante la inserción en los contratos de estas estipulaciones. La *culpa lata* refleja la desidia total por parte del obligado -la negligencia excesiva, consistente en no hacer lo que todos hacen o no comprender lo que todos comprenden, como la definía ULPIANO³⁹⁶-, el abandono absoluto de sus deberes como contratante, en claro perjuicio, eso sí, involuntario, del acreedor. Aun faltando voluntariedad manifiesta no parece adecuado que el Derecho ampare esta conducta, permitiendo los pactos de exoneración, ya que, como advierte DE CUPIS, "el interés público exige que no se facilite la producción de daños causados con macroscópica imprudencia o

la buena fe contractual que se ocasiona mediante el pacto de irresponsabilidad por culpa lata, y ello porque desde una plano puramente moral "*la faute lourde est équivalent au dol*". No obstante, la relación de la buena fe con un mínimo de diligencia exigible -en definitiva, la relación culpa/buena fe-, que resulta del artículo 1107 C.c. cuando dice que "Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe [...]" aludiendo, así, al dolo culposo, por oposición al deudor que incumple con dolo, que se menciona en el segundo párrafo del artículo, no es una cuestión pacífica. En este sentido, DÍEZ PICAZO y GULLÓN (*Instituciones...*, op.cit., vol.1º, p.545), señalan que: "La doctrina es casi unánime en ligar la imputabilidad y responsabilidad a un reproche en la conducta del deudor. Sin embargo, nuestro artículo 1107 hace responsable al deudor de buena fe de los daños y perjuicios "previstos o que se hayan podido prever al tiempo de la constitución de la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de incumplimiento". Aquella doctrina hace sinónimo deudor de buena fe de deudor que incumple culposamente. Sin embargo, parece paradójico calificar así a tal deudor, pues un deudor buena fe es el que se comporta correcta, honesta y diligentemente. Y ese deudor incide en responsabilidad". A pesar de ello la penetración de la buena fe como módulo de un mínimo de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones, para diferenciar a la culpa con el dolo, o en su caso, con la culpa lata, puede defenderse hoy, desde la reforma del Título preliminar, con base en el artículo 7 C.c. que sienta el principio general de la buena fe que implica, a juicio de DÍEZ PICAZO (en el Prólogo a WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, trad. esp., Madrid, Ed. Civitas, 1986, p.12) que "todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia *in contrahendo*); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según la buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tiene que cumplirse de buena fe".

³⁹⁶Definición citada por SCAEVOLA, Q.M., *Código civil*, op.cit., T.XIX, p.628.

negligencia"³⁹⁷. El principio de la tutela del crédito, fundamento de la prohibición de la renuncia anticipada a la acción de dolo, desplegaría también toda su virtualidad ante las hipótesis de *culpa lata*. La gravedad y grosería de este género de negligencia demandan un tratamiento similar al recibido por el dolo, ya que en ambos supuestos se quebraría ese mínimo e inderogable *impegno* diligente por el deudor, al que hacía referencia BENATTI³⁹⁸.

Pero, a pesar de estas consideraciones, un sector doctrinal ha abogado, dentro de una línea de abolición de la graduación de la culpa, por la no asimilación de la culpa grave al dolo precisamente porque no es dolo y sigue perteneciendo a la esfera de la culpa. Esta posición, reflejo de las tesis no partidarias de diferenciar distintos grados de culpa, debido sobre todo que tal gradación no pasó al Código Civil pudiendo, por otro lado, hacerlo, observan en esta postura de los redactores del Código una actitud contraria a la galvanización de la culpa en *lata* y leve, o incluso en los tres grados clásicos. Por lo cual, al partir de un concepto unitario de la culpa, lógico es que no efectúen ningún tipo de distinción, ni, menos aún, ninguna diferenciación en cuanto a sus regímenes jurídicos.

En este sentido, MANRESA, ha señalado que "como las nuevas disposiciones legales [del Código civil] no expresan ni el nombre ni el concepto de culpa *lata*, ni contiene prohibición de renunciar a la acción para exigir responsabilidad proveniente de culpa en cualquiera de sus grados [...] creemos que cabrá la renuncia de esa acción, y será válida

³⁹⁷DE CUPIS, A., *El daño*, op. cit., p.519. Asimismo GARCÍA AMIGO (*Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.147), radica la equiparación de la culpa grave y el dolo, en el concreto extremo que nos ocupa, en consideraciones de orden público: "la responsabilidad derivada de culpa grave se sustrae a la libertad contractual de los particulares, y no porque lo diga expresamente con fórmula imperativa -como en el caso del dolo- un precepto específico del Código civil, sino porque tanto el dolo como la culpa grave, en cuanto causas de atribución de la responsabilidad, constituyen materias de orden público contractual. Parecida fundamentación en PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad contractual*, op.cit., T.II, vol.1º, p.307: "Y no podría restringirse, en sus méritos, aquella responsabilidad que tuviera su razón de existir en la culpa intencional o *lata*, por ser manifiestamente injusto el daño que dimana de aquellas fuentes".

³⁹⁸BENATTI, F., *Contributto allo studio delle...*, op.cit., p.41. En el mismo sentido, BIANCA, M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, op.cit., p.400.

siempre que la culpa, por extremada que sea, no deje de ser tal *culpa* y se convierta en *dolo*³⁹⁹.

Lleva razón MANRESA al afirmar con rotundidad que nuestro Código civil no ha prohibido la renuncia a la acción de responsabilidad por culpa grave, pudiendo haberlo hecho en sintonía con los antecedentes históricos que equiparaban la *culpa lata* al dolo. Por ello, pese a que, tal y como vimos, pueda basarse la equiparación al dolo -dada la diversidad desde el punto de vista ontológico- en el principio de la tutela del crédito o en razones de conveniencia práctica o de dificultad de prueba, lo cierto es que, a la luz del artículo 1102 C.c., bien pudiera concluirse que "sólo al dolo es al que no se puede extender la exención de responsabilidad"⁴⁰⁰.

Pero, quizás, la omisión de la culpa grave al lado del dolo, en el artículo 1102 C.c., podría salvarse si se realiza una interpretación de la norma según la realidad social del

³⁹⁹MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Código civil español*, op.cit., T.VIII, p.195. A esta posición se adhiere CASTÁN (*Derecho civil*, op.cit., T.III, p.250) y ALBALADEJO (*Derecho civil*, op.cit., T.II, vol.1º, p.164). También ha sido aplicada por alguna sentencia, como la de la Audiencia Provincial de Bilbao de 22 de junio de 1987, que reproduce literalmente las palabras de Manresa: "Aunque en el antiguo Derecho civil español se negaba la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad cuando se trataba de culpa *lata*, la común opinión doctrinal entiende que, publicado el Código civil, como sus disposiciones no recogen ni el nombre ni el concepto de culpa *lata*, ni contiene prohibición de renunciar a la acción para exigir la responsabilidad proveniente de culpa en cualquiera de sus grados (silencio expresivo al lado de la declaración del artículo 1102) [...] la conclusión debe ser que cabe la renuncia de esta acción siempre que la culpa por extremada que sea no deje de ser tal culpa y se convierta en dolo".

Los argumentos de MANRESA en orden a la negación de la equiparación son revisados por JORDANO FRAGA (*La responsabilidad contractual*, op.cit., pp.365 y 366, nota 65), desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, establece que "si es cierto que el Código civil no acoge la culpa *lata* como un criterio de valoración de la conducta del deudor cualitativamente diverso, siempre es posible, como resultado de la utilización del criterio general acogido (la diligencia del buen padre de familia, art.1104.2º del C.c.), establecer cuantitativamente grados de comportamiento más o menos negligente y, desde esta perspectiva, la culpa *lata* es la desatención suma, la negligencia más burda y grosera". Por otro lado, la omisión del concepto de culpa *lata* adquiere, para JORDANO FRAGA, "un determinado significado, no por sí mismo (no inclusión la misma en el art.1102 del C.c.), pues tampoco se permite la exoneración a ella relativa, sino a la luz de los criterios generales del artículo 1255 (moral, orden público), de la buena fe (arts.1258 y 7.1º del C.c.) y las otras normas del sistema que sí establecen la equiparación".

⁴⁰⁰ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, op.cit., T.II-1º, p.164.

tiempo en que ha de ser aplicada (art.3 C.c.).

Desde esta perspectiva, la gravedad que supone la culpa lata, en cuanto desatención del mínimo de diligencia exigible al buen ciudadano, y su reprochabilidad facultaría a una interpretación que la acogiese al lado del dolo en el artículo 1102, porque la realidad social del momento -como señala GARCÍA AMIGO, "la moral social del siglo XX"⁴⁰¹- no permitiría que el deudor se liberase anticipadamente de tal macroscópica negligencia, sino que, antes bien, tendería a que éste respondiese de los daños producidos. Si el principio actual es la reparación integral de todos los daños⁴⁰² y si cada vez es más frecuente el recurso a la culpa levisima para atribuir responsabilidad⁴⁰³ (sancionándose como culposas meras conductas "ligeras" o torpes) e, incluso, a la presunción de culpa, "presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable"⁴⁰⁴, o a prescindir totalmente de ella (responsabilidad objetiva), una interpretación de la norma de acuerdo con estos parámetros, que ponen de relieve la realidad actual de la responsabilidad civil, repudiaría la validez del pacto por el que el deudor se liberase de la culpa grave, permitiendo, a nuestro juicio, la extensión de la nulidad de la renuncia a la acción por dolo al supuesto de culpa *lata*.

Tras esta última consideración que abundaría en las propuestas de la doctrina mayoritaria para seguir sosteniendo el aforismo *culpa lata dolo equiparatur*, creemos admisible la equiparación del dolo a la culpa grave -en cuanto al artículo 1102 C.c.- pero

⁴⁰¹GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.147. Dice el autor: "Creemos, por otra parte, que la moral social del siglo XX no permite tampoco esta liberación".

⁴⁰²Cfr. DíEZ-PICAZO, L., "La responsabilidad civil hoy", op.cit., p.727.

⁴⁰³Cfr. STS 26 de septiembre de 1994 (A.6989). Sobre la culpa levisima, vid. por todos CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Madrid, Ed. Aranzadi, 1987, p.55 y ss., y las sentencias por él recogidas.

⁴⁰⁴STS 9 de febrero de 1996 (A.953). En el mismo sentido, STS 16 de octubre 1989 (6923); STS 26 de noviembre de 1990 (9047); STS 28 de mayo de 1991 (3940); STS 20 de enero de 1992 (192); STS 12 de noviembre de 1993 (A.8760).

como equiparación meramente extrínseca, como ha manifestado CIAN⁴⁰⁵, y no como asimilación que alcance al propio concepto de las nociones -que como ya indicamos reiteradamente son sustancialmente diversos- ni tampoco como equiparación en términos absolutos, esto es, predicable de todos los supuestos en los que ambas se vean implicada⁴⁰⁶.

Relacionado con el concepto de *culpa lata* se halla, para determinado sector de la doctrina, el de la denominada "culpa profesional", aquel modelo de diligencia al que deben sujetarse los profesionales en la prestación de sus obligaciones. Aunque en nuestro país la cuestión no ha despertado polémica, sí lo ha hecho en Francia o en Italia donde un sector científico ha propugnado la equiparación de la culpa profesional a la culpa grave, en el sentido de rebajar el nivel de diligencia comúnmente requerido considerando responsable al profesional únicamente en los supuestos de culpa grave, o, lo que es lo mismo, haciendo soportar al acreedor de sus servicios las consecuencias de la culpa leve⁴⁰⁷.

Quizá sea en Italia donde la cuestión se ha planteado con más entusiasmo a la vista

⁴⁰⁵CIAN, G., "Lata culpa dolo aequipatur", op.cit., p.178.

⁴⁰⁶Creemos que la asimilación en cuanto a los efectos y consecuencias debe estar presidida por criterios ajustados al caso concreto. En el supuesto del artículo 1102, se ha defendido teniendo en cuenta la específica naturaleza del artículo en cuestión y lo inoportuno que sería desproteger al acreedor que ha visto frustrado el cumplimiento de la obligación mediante una conducta total y excesivamente negligente de su deudor. Pero, por ejemplo, se ha defendido la no equiparación de las nociones en el ámbito del seguro de responsabilidad civil. En este sector, mientras que el dolo no es asegurable sí podría serlo la culpa grave, porque no existen razones que recomienden dicha asimilación (Cfr. ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1977, p.286). Tampoco SÁNCHEZ-GAMBORINO ("La llamada culpa equiparable al dolo y sus consecuencias en el contrato de transporte", *R.D.M.*, 1995, p.723 y ss.) ha considerado pertinente la equiparación entre dolo y culpa grave en la aplicación del artículo 29 de la CMR, en el sector del contrato de transporte.

⁴⁰⁷Esta doctrina, conocida como teoría de la *faute lourde*, ha sido defendida, entre otros, por MAZEAUD y SAVATIER como reacción al elevado número de pleitos planteados contra los profesionales médicos y en un intento de proteger a estos especialistas. MAZEAUD, H. L. y J. y CHABAS, F. (*Traité théorique et pratique...*, op.cit., T.III, vol.2º, p.17) con respecto a la eventual exoneración de la culpa profesional parece dudoso de equipararla totalmente a la culpa lata en el sentido de, precisamente por tener esa condición, no permitir su exoneración anticipada, aunque finalmente manifiesta que "sería inexacto querer considerar toda culpa profesional como culpa necesariamente grave y concluir de ello que las cláusulas de no-responsabilidad por culpas profesionales están viciadas de nulidad".

del desconcertante artículo 2236 del *Codice civile* que prescribe que "*Si la prestación implica soluciones de problemas técnicos de especial dificultad, el profesional no responde de los daños sino en el caso de dolo y culpa grave*". No obstante, y aunque, dada la literalidad de la norma, parece rebajarse el grado de diligencia exigible a los profesionales en la ejecución de ciertas prestaciones y desde esta perspectiva pudiera identificarse los conceptos de culpa profesional y culpa grave, lo cierto es que se ha sostenido desde diversos frentes que la noción de culpa grave *ex art.2236* no puede ser entendida como atenuación de la diligencia debida en las situaciones difíciles⁴⁰⁸, sino que la referencia de la norma a la gravedad de la culpa hallaría su fundamento en el temor de exponer a los profesionales a valoraciones inciertas⁴⁰⁹ o, en otros términos, en la exigencia de no mortificar la iniciativa del profesional con la amenaza de represalias en caso de fracaso de su actuación⁴¹⁰. En definitiva, se interpreta la limitación de la responsabilidad al nivel de culpa grave como un juicio de particular reprobación de la conducta, en el que el citado grado de culpa aparece como un concepto variable y dúctil cuya precisión ha de efectuarse en cada caso en concreto⁴¹¹.

Esta interpretación de la doctrina italiana ha sido asumida por YZQUIERDO, criticando así la eventual equiparación entre los conceptos de culpa grave y culpa profesional o técnica, cuando afirma que "una cosa es que la culpa deba constar de forma efectiva y cierta y otra que el nivel de la diligencia deba rebajarse. Se trata de que el juez pueda interferir en cuestiones científicas o técnicas de las que carece en absoluto de conocimientos suficientes"⁴¹². Se reclama, entonces, no tanto la exclusión de los profesionales de la

⁴⁰⁸Cfr. BOVINCINI, E., *La responsabilità civile per fatto altrui*, Milano, Giuffrè Ed., 1976, p.216.

⁴⁰⁹Cfr. BRECCIA, U., "La colpa professionale", in AA.VV., *Il contratto in generale*, dir. da G. Alpa e M. Bessone, Torino, Ed. UTET, 1991, T.IV-2º, p.913.

⁴¹⁰Cfr. RIVA-SANSEVERINO, L., "Commentario al'art.2236", in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, 2ªed., Bologna-Roma, Ed. Zarichelli-Foro it., 1963, Libro V, p.240.

⁴¹¹Cfr. BOVINCINI, E., *La responsabilità civile...*, op.cit., p.217.

⁴¹²YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional...*, op.cit., p.281.

aplicación del criterio de culpa común -culpa leve⁴¹³- cuanto que la negligencia sea efectivamente cierta y no apoyada en simples conjeturas⁴¹⁴.

La problemática se desvanece con estas afirmaciones, a nuestro parecer muy acertadas, hasta el punto de negar la dicotomía, por algunos planteada, entre culpa común y culpa profesional⁴¹⁵. Otra cosa es que ante determinadas prácticas profesionales, como es el caso de la medicina, se deba requerir un cierto rigor, que puede reflejarse en ocasiones en la necesidad de una cierta gravedad, no de la culpa o negligencia, sino del hecho objetivo, de la infracción que se pretende indemnizar teniendo en cuenta además ciertos factores, como puede ser la condición de cada médico (médico especialista, médico general...) y la especial dificultad de la prestación. Y por supuesto, en el ámbito de la responsabilidad del profesional se hace imprescindible la referencia a la *lex artis* en la valoración de aquella responsabilidad, que obliga a "atender al caso concreto en que se producen las actuaciones de la intervención médica [o cualquier otra] y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan

⁴¹³Sobre este particular ALBALADEJO (*Derecho civil*, op.cit., T.II, vol.2º, p.466) se plantea la siguiente cuestión: "Desde luego si el daño se causa por culpa grave, habrá de repararlo el culpable; pero si la culpa es leve ¿quién debe soportarlo, el culpable o aquel a quien se le irrogó? Planteadas así las cosas, parece justificada la antigua regla *in lege Aquilia et levissima culpa venit*; porque es más equitativo que tenga obligación de reparar el que, aunque levemente fue culpable del daño, que no que haya de soportar éste aquel a quien le fue irrogado".

⁴¹⁴Cfr. JORDANO FRAGA, F., "Aspectos problemáticos de la responsabilidad del médico", *R.G.L.J.*, 1985, p.50

⁴¹⁵En este sentido se manifiesta nuevamente YZQUIERDO TOLSADA (*La responsabilidad del profesional...*, op.cit, p.274): "Creo, con BOVINCINI, que no es posible disinguir entre la culpa profesional y la culpa común. cuando nos refiramos a la culpa profesional como falta de conocimientos técnicos (impericia) o como negligencia o ligereza, no estamos sino aludiendo a la particularización de la culpa común (negligencia o imprudencia en cualquier situación). No hay así un concepto autónomo de culpa profesional, sino un culpa del profesional como manifestación de la culpa ordinaria en el desenvolvimiento de las actividades profesionales". En un sentido ligeramente diferente, FERNÁNDEZ COSTALES (*La responsabilidad civil médica y hospitalaria*, op.cit., p.102), advierte la diferencia entre los dos conceptos antes aludidos, culpa profesional y culpa del profesional, matizando que "si bien la responsabilidad médica no es una responsabilidad diversa por razón de la profesión, sin embargo estimamos que es un responsabilidad especial en atención al carácter profesional del médico con base en las *circunstancias de las personas* a las que alude el artículo 1104 del Código civil".

lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional"⁴¹⁶, lo cual no es sino la aplicación del artículo 1104 del Código civil.

b) Su aplicación al ámbito de la responsabilidad del deudor por los actos de los auxiliares

¿Sería factible la cláusula por la que el deudor excluya la responsabilidad por el incumplimiento doloso de su auxiliar?

Es posible afirmar que, *a priori*, el carácter imperativo del artículo 1102 en el terreno de la responsabilidad contractual nos conduce a responder negativamente a la cuestión apuntada. A falta de normativa especial y derogatoria del precepto que se refiera a la responsabilidad del principal con respecto a sus auxiliares, tanto en sede de Código Civil como en cualquier otra ley⁴¹⁷, y teniendo en cuenta, además, la universalidad de la redacción del 1102 C.c., en el sentido de que pretende un alcance general sin excluir de su ámbito ningún supuesto, parece lógico que los casos que ahora analizamos se subsuman en la regulación ofrecida por el artículo en cuestión y, por tanto, se vean sometidos a la prohibición general del mismo. Ningún obstáculo hallamos para negar la aplicación de la regla del artículo 1102 C.c. a la relación deudor principal - auxiliar - acreedor⁴¹⁸.

Sin embargo, la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 1102 C.c. a las hipótesis de cumplimiento del deudor al través del auxiliar no es una cuestión pacífica en

⁴¹⁶STS 11 de marzo de 1991. Acerca de esta cuestión, vid., OROZCO PARDO, G., "La aplicación del concepto "lex artis" al campo de la actividad profesional. El caso de la profesión médica", en AA.VV., *El ejercicio en grupo de los profesionales liberales*, ed. por Moreno Quesada, Albiez Dohrman y Pérez Serrabona, Universidad de Granada, 1993, p.511 y ss.

⁴¹⁷Antes bien, GARCÍA AMIGO (*Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.149) ha señalado que algunos artículos del Código civil (vgr. art.1596) y del Código de comercio (vgr. arts.285 y 618) demostrarían que la atribución de responsabilidad al principal por los actos del dependiente ha de ser idéntica a la atribuida por los actos propios.

⁴¹⁸Convienen en este argumento de orden positivo, GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.156 y TORRALBA SORIANO, O., "La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones", *A.D.C.*, 1971, p.1166.

nuestra doctrina⁴¹⁹, aunque las posiciones auténticamente críticas y negadoras de aquella aplicación se formulan desde el Derecho italiano, alemán y suizo, amparadas a su vez por tres preceptos, el artículo 1228 en relación con el 1229 del *Codice civile* italiano, el parágrafo 278 del B.G.B. y el artículo 101 del Código de obligaciones suizo⁴²⁰, de los que parece deducirse la viabilidad de un pacto que excluya la responsabilidad por dolo o culpa grave del auxiliar.

El principal argumento en orden a la no aplicación del límite del artículo 1102 a la "responsabilidad indirecta" hace referencia a la propia *ratio* de la norma citada. Si el fundamento de la norma reside en impedir la impunidad del comportamiento doloso de la parte obligada -del deudor- que conduciría a una desnaturalización de la obligación, aquel fundamento no se vulneraría en las hipótesis estudiadas ya que "el auxiliar no es parte en la relación obligatoria que vincula a deudor y acreedor y, por tanto, su actuación dolosa no atenta contra la esencia del vínculo obligatorio"⁴²¹.

⁴¹⁹Es el caso de CRISTÓBAL MONTES (*El incumplimiento de las obligaciones*, op.cit., p.145 y "La responsabilidad del deudor por sus auxiliares", *A.D.C.*, 1989, p.17) quien parece inclinarse por la no aplicabilidad del 1102 a los pactos de exoneración de la responsabilidad por los auxiliares, porque, tras afirmar la posibilidad de tales pactos, hace suyas las palabras de LARENZ justificando la exoneración hasta por el dolo y la culpa grave -hay que tener en cuenta que el parágrafo 278 del B.G.B. admite la irresponsabilidad convencional del deudor por la culpa grave y el dolo de sus auxiliares-; y de JIMÉNEZ HORWITZ, M., *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, op.cit., p.246.

⁴²⁰Los artículos 1228 y 1229 del Código civil italiano se desprende la legitimidad de las cláusulas de exoneración por los hechos dolosos del auxiliar a no ser que constituyan "*violazioni di obblighi derivanti da norma di ordine pubblico*". Se excluye en lo que respecta a tales cláusulas la aplicación del primer párrafo del artículo 1229 que vetaba la cláusula de exoneración en caso de dolo y culpa grave del deudor. A pesar de que gran parte de la doctrina se muestra favorable a una interpretación literal de ambas normas y concluye la posibilidad de que el deudor pueda exonerarse del incumplimiento doloso de su auxiliar (Cfr. VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, Ed. Cedam, 1965, p.135), otro sector doctrinal crítico con la regla sentada por los citados artículos declara la aplicabilidad de la prohibición del pacto acerca del dolo al incumplimiento mediante auxiliar (Cfr. BENATTI, F., *Contributo allo studio delle...*, op.cit., p.97; BESSONE, M., "Le clausole di esonero e di limitazione...", op.cit., p.332).

⁴²¹JIMÉNEZ HORWITZ, M., *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, op.cit., p.246.

En este sentido, VISINTINI advierte que la propia *ratio* del párrafo primero del art.1229, que radica en la incompatibilidad de una cláusula de exoneración de la responsabilidad por dolo con el concepto de obligación y con la voluntad de obligarse, no sería contradictoria con la irresponsabilidad en caso de que sea el auxiliar quien incumpla dolosamente, porque la obligación que se trata de salvaguardar sigue perteneciendo al deudor, quien puede, ya que permanece firme su responsabilidad personal, pactar su irresponsabilidad por dolo o culpa grave de sus auxiliares, poniendo así en conocimiento de la otra parte, tanto el empleo de auxiliares en el cumplimiento de la obligación, como el riesgo ínsito en su asunción⁴²².

Dos razones fundamentales hacen decaer, a nuestro juicio, las consideraciones precedentes:

1º En primer término, es la *ratio* del artículo 1102 C.c. la que determina el paralelismo entre la responsabilidad del deudor que cumple personalmente y la de quien lo hace mediante un auxiliar. La norma, además de asegurar la estructura obligacional, reivindica, como vimos, una mínima protección al acreedor con la intención de que ante un incumplimiento doloso, y entonces consciente del deudor, nada obstaculice la interposición de la demanda encaminada a resarcirse de tal incumplimiento.

Al introducirnos en el supuesto de hecho objeto de debate ahora, no adivinamos las razones que justifiquen una menor protección jurídica al acreedor de aquél que cumple a través de un auxiliar (o, en otras palabras, no hallamos razones que hagan decaer la tutela del crédito en estas condiciones). En primer lugar, este extremo parece más incoherente desde el momento en que comprobamos que en la mayoría de los casos el acreedor contrata precisamente porque conoce la existencia del deudor principal y se ampara en esa apariencia que el deudor concede, sin importarle el dato de que la prestación se lleve a cabo personalmente o mediante un auxiliar. El contrato actúa, de este modo, como un "factor de confianza, en cuanto que el deudor se significa frente a él como la persona que responde del

⁴²²VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, op.cit., p.136.

cumplimiento contractual"⁴²³. Así las cosas, si el principal se irresponsabiliza, la obligación se desprende de esa envoltura de legitimidad en la que el acreedor confía y que fue, probablemente, la razón por la que se decidió a contratar.

En segundo lugar, hay que señalar que, con carácter general, es el deudor quien opta por cumplir a través del auxiliar, opción que le reporta ventajas y beneficios; por lo que debe responder *in damno* de esta colaboración⁴²⁴. El riesgo de actuar a través de un auxiliar no debe repercutirse al acreedor, sino que es el deudor quien debe soportarlo en virtud del principio *eius commoda cuius incommoda*⁴²⁵.

Desde esta doble perspectiva se acredita un extremo, a nuestro juicio, clave en la aplicación del artículo 1102 C.c. a los supuestos de análisis: el acreedor es un sujeto pasivo dentro del entramado de la responsabilidad indirecta, ya que ni probablemente está interesado en que la obligación se cumpla a través de un auxiliar (o, cuando menos, le resulta indiferente) ni, por supuesto, opta o decide que el cumplimiento se lleve a cabo mediante el auxiliar. Por consiguiente, su protección jurídica y la tutela de su crédito debe permanecer indiferente aunque acaezca esta circunstancia; es decir, la protección ha de ser la misma independientemente de que la obligación la cumpla personalmente el deudor o por medio de auxiliar (o incluso, mayor en vista de un posible pacto de connivencia entre deudor y

⁴²³CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*..., op.cit., p.152.

⁴²⁴Cfr. BENATTI, F., *Contributto allo studio delle*..., op.cit., p.97.

⁴²⁵En sentido contrario, JIMÉNEZ HORWITZ (*La imputación del deudor*..., op.cit., p.248) justifica la no aplicabilidad del límite *ex* artículo 1102 en la propia naturaleza de la responsabilidad contractual por hecho ajeno, que se halla en la responsabilidad contractual por riesgos típicos. Desde esta perspectiva, "el dolo del auxiliar ha de interpretarse como un riesgo de cumplimiento imputable al deudor con arreglo a criterios de tipicidad o normalidad", y, por lo tanto, la cláusula por la que se excluye o limita la responsabilidad del deudor por la actuación dolosa del auxiliar "se caracteriza simplemente como una imputación convención al acreedor de un riesgo contractual que, en principio, por su vinculación con la actividad de cumplimiento sería por cuenta del deudor".

auxiliar, como ha sugerido GARCÍA AMIGO⁴²⁶).

En este sentido se pronuncia JORDANO FRAGA: "si la *ratio* de las normas que señalan límites de validez a la exoneración o limitación convencional de la responsabilidad contractual es asegurar un mínimo de tutela del crédito, entendido no sólo, ni fundamentalmente, como un interés personal de cada singular acreedor, sino como un interés general: un valor necesario en el tráfico, no se comprende por qué, a falta de expresa discriminación legislativa, el mínimo de tutela asegurado al acreedor deba variar en función de algo tan arbitrario, como que su deudor opte discrecionalmente por cumplir personalmente por cumplir personalmente o que, por contra, decida -como normalmente puede hacerlo, salvo en las obligaciones personalísimas- recurrir a terceros auxiliares en el cumplimiento"⁴²⁷.

2º En segundo lugar, la propia estructura de la responsabilidad indirecta, en la que el auxiliar tiene la consideración de tercero frente al acreedor (no está vinculado contractualmente con él) coadyuva en favor de la posición que mantenemos. La condición de sujeto ajeno frente al acreedor de quien efectivamente ha de cumplir la prestación determina la irresponsabilidad contractual del auxiliar ante ese acreedor. Si, como ha señalado BENATTI⁴²⁸, se le permite al deudor principal exonerarse de la responsabilidad por los daños producidos por su auxiliar por dolo o culpa grave, llegaríamos a una total insatisfacción del crédito. Así pues, y a pesar de la existencia de vínculo contractual, se

⁴²⁶Se pregunta GARCÍA AMIGO (*Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.156) que "si se permite al deudor estipular convenciones de no responsabilidad por dolo o culpa grave de sus dependientes, ¿quién protege al acreedor de la posible connivencia entre el principal y dependientes para defraudarlo?

⁴²⁷JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor...*, op.cit., p 598. GARCÍA AMIGO (*Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.156) coincide en este extremo ya que "el carácter de orden público de la responsabilidad por dolo y culpa grave se acentúa en el caso de dolo y culpa grave de los dependientes, en el sentido de que el acreedor confía en el deudor, en su reputación, en su responsabilidad, y no en la de sus auxiliares, de los cuales no conoce la existencia o que en todo caso no conoce personalmente; en consecuencia la atribución de la responsabilidad al deudor debe ser en este caso más rígida".

⁴²⁸BENATTI, F., *Contributo allo studio delle clausole di esonero...*, op.cit., p.98.

producirá la paradoja de que el acreedor no tendrá acción de responsabilidad contractual ni contra el auxiliar, por su condición de tercero, ni contra el principal, por haber estipulado una cláusula en estas condiciones⁴²⁹.

Sin embargo, se ha tratado de relativizar esta paradójica situación de irresponsabilidad con el argumento de que una cláusula de irresponsabilidad por el dolo del auxiliar deja siempre subsistente la eventual responsabilidad personal del deudor, por la vía de la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1903⁴³⁰.

Es cierto que esta posibilidad es factible aunque limitada. Ante esta situación nos hallaríamos si, como observa CARRASCO⁴³¹, el auxiliar fuera un sujeto en virtud del cual el deudor debe responder por la vía del 1903 C.c., mas no en los restantes supuestos, en los cuales el acreedor no tendría otra opción que la de requerir la responsabilidad extracontractual del auxiliar a través del artículo 1902. Pero es que, además, si el deudor principal prueba que ha empleado "*la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*", la responsabilidad ex art.1903 C.c. cesará, tal y como reza la norma en su último párrafo, sin que se llegue al resarcimiento del daño.

Así las cosas, tanto el recurso al artículo 1903 C.c. como al 1902 C.c., aunque posibles, pueden verse paralizados: el incumplimiento de la prestación por dolo del auxiliar no es condición suficiente para que surjan tales remedios indemnizatorios.

Como colofón, y si todo lo expuesto no fuera bastante para convencer acerca de la necesidad de aplicar el artículo 1102 en los casos de responsabilidad indirecta, podemos

⁴²⁹Cfr. BIANCA, M., *De'll inadempimento delle obbligazione*, op.cit., p.487.

⁴³⁰TORRALBA SORIANO, O., "La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones", *A.D.C.*, 1971, p.1166. No obstante, el mismo autor puntualiza que esta posibilidad es relativa ya que "si se ha pactado la limitación o exclusión de la responsabilidad por dolo o culpa del auxiliar, la eventual responsabilidad del deudor podrá surgir por otra causa; pero nunca del dolo o culpa del referido auxiliar".

⁴³¹CARRASCO PERERA, A., "Comentario al art.1102", op.cit., p.469.

recurrir al 1255 para llegar a idénticas conclusiones. Así resuelve finalmente la cuestión JORDANO FRAGA, cuando se pregunta "si, *ex* artículo 1255, un pacto que exonera o limita la responsabilidad del deudor por dolo no es un pacto nulo, inválido, no ya como contrario a una ley imperativa, sino como contraventor de la moral y, especialmente, del orden público"⁴³². Penetramos, de nuevo, en la *ratio* del 1102 para, de esta forma, consolidar la posición que desde el principio apuntamos. En definitiva, cualquier estipulación que libere al deudor, indiferente es si cumple personalmente o mediante un auxiliar, de las consecuencias de la ejecución dolosa de la obligación chocaría frontalmente con las mínimas exigencias que presiden la tutela del crédito que están fuera de la disposición de los particulares, esto es, fuera de la esfera del orden privado.

⁴³²JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor...*, op.cit., p.599.

3. LA MORAL

El segundo de los límites apuntados por el artículo 1255 C.c. está representado por la moral. Entramos, pues, en el análisis del aspecto axiológico o moral del orden público, que participa de la nota de la relatividad de éste, y, por ello, resulta ciertamente difícil concretar qué moral va a ser capaz de limitar la autonomía privada.

La precisión de cuándo nos encontramos ante un negocio o pacto inmoral aparece, en primer término, enturbiada por una cuestión de fondo: las relaciones entre la moral y el Derecho. Como pone de relieve FERRARA⁴³³, la posibilidad de que la moral limite al Derecho es censurada por quienes observan en tal operación una arbitraria intrusión de aquélla en el mundo jurídico y un síntoma de regresión en la evolución del Derecho, o, cuando menos, un resto del histórico confusionismo entre los principios morales y jurídicos, cuya distinción neta caracterizaría a la ciencia jurídica moderna. No obstante, para el maestro italiano, este recelo está fundado en una rígida concepción de la moral y del Derecho -que representarían, así, dos zonas distintas y completamente separadas-, concepción que, a su juicio, falla desde el momento en que advierte que moral y Derecho no son más que grados de una misma evolución: el Derecho es aquella parte de la moral que se ha considerado más esencial a la colectividad, exteriormente se refiere a las relaciones sociales, y ha adquirido carácter obligatorio⁴³⁴.

⁴³³FERRARA, F., *Teoria del negozio illecito nell Diritto civile italiano*, 2ªed, Milano, Società Editrice Libreria, 1914, p.5 y ss.

⁴³⁴No se trata, por tanto, para FERRARA (*Teoria del negozio...*, op.cit., p.6) de una diferencia sustancial la que existe entre los dos órdenes: "*Onde può conchiudersi, che se differenza c'è fra diritto e morale, questa risiede non quella natura, ma nella forma dei mezzi che essi adoperano per la loro esecuzione: il diritto agendo energicamente mercé la coazione legale, la morale agendo più debolmente, mercé la coazione psicologica, il timore del biasimo, o mercé il rimorso, che è la riprovazione sociale riflessa oscuramente nella coscienza dell'individuo*". En el mismo sentido, RIPERT (*La règle morale...*, op.cit. p.10) critica a la tradicional teoría francesa que separaba netamente el ámbito de moral y derecho: "*Il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but; il ne peut y en avoir, car le droit doit réaliser la justice et l'idée du juste est une idée morale. Mais il y a une différence de caractère. La règle morale devient règle juridique grâce à une injonction plus énergique et à une sanction nécessaire pour le but à atteindre*". En nuestra doctrina, DE CASTRO (*Derecho civil de España*, op.cit., p.24) coincide en estos planteamientos y después de rechazar "dos concepciones erróneas, pero de igual gravedad", a

Pero no es éste el único problema que late en la discusión acerca de la moral como límite de la autonomía privada. Si partimos de que la moral es susceptible de frenar la posibilidad de los particulares a autonormarse ésta ha de poseer determinada entidad y, sobre todo, ha de gozar de gran generalidad. En definitiva, para que la moral implique hasta el punto de limitar la libertad de contratación debe ser legitimada por toda la comunidad. Y precisamente la determinación de una moral objetiva, general, que pueda ser aplicada por el juez, es un obstáculo casi insalvable a la hora de construir un concepto operativo de moral. Hoy, cuando lo que se demanda es, en palabras de GHESTIN, "*le droit á la différence*"⁴³⁵, ¿se debe imponer una limitación fundamentada en las convicciones morales generales? Y lo más importante ¿existe *realmente* una moral general?

Sin perder de vista lo sugerido hasta ahora, ya que luego se retomará, debemos efectuar algunas precisiones acerca de la moral como límite de la autonomía privada.

La moral, a los efectos del lenguaje común, hace referencia a lo "perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia"⁴³⁶. Ello implica la primera observación en torno a la figura: su extrajuridicidad. La observación de la regla moral permanece, hoy, ajena al mundo del Derecho. Aun cuando compartamos la concepción de FERRARA acerca de su génesis común, en la actualidad, debido al arraigo de las corrientes positivistas, resulta fácil proceder a delimitar cuáles son

saber, las que separan la Moral y el Derecho, como distintos en su esencia y la que confunde ambas disciplinas, concluye con la conexión entre ambas realidades: "La conducta del hombre en la sociedad está medida conjunta y armónicamente, a la vez, por la regla de la Moral, por la del Derecho natural y por la del Derecho positivo. Las diferencias están en el ámbito, criterio y eficacia de cada regla". También Díez-PICAZO (*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1987, p.48 y ss.) incide en la semejanza de objetivos que media entre Derecho y Moral: "Existe una zona en la que los preceptos morales y las normas jurídicas coinciden o se superponen. El derecho y la moral buscan unos mismos objetivos y persiguen la realización de unos mismos valores [...] Existe incluso una zona en la que el derecho busca un amoralización de las relaciones jurídicas y un desarrollo de las mismas que se produzca de acuerdo con los dictados de la moral, impidiendo resultados jurídicos que sean inmorales".

⁴³⁵GHESTIN, J., *Traité de Droit civil*, op.cit., T.I., p.105.

⁴³⁶Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

las normas morales y cuáles son jurídicas. Sin embargo, y a pesar de ello, la moral opera frecuentemente en diversos sectores del ordenamiento jurídico, actuando, así, como nexo entre lo jurídico y las exigencias de justicia, implícitas tradicionalmente en el término, o como señala DE CASTRO sirviendo de "medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos o de justicia"⁴³⁷.

El juego de la moral en el Derecho civil, ya para limitar la autonomía privada, ya con referencia a la causa (art. 1275 C.c.) y al objeto (art. 1271 C.c.), provoca un replanteamiento de su concepto, una indagación sobre el significado de la moral en el ámbito jurídico. En este sentido, existen diferentes concepciones.

Una de ellas, superada en la actualidad dado el aconfesionalismo estatal, recurre a la moral cristiana, por considerarla una referencia legítima. Se equipara, en este sentido, la regla moral a la regla religiosa, debido al asentamiento de la moral cristiana, durante varios siglos, en nuestra sociedad⁴³⁸. Esta concepción rodea a la moral, en cuanto límite de la autonomía privada, de cierta inmutabilidad, frente a la variabilidad del orden público, ya que "el código de la moral es de carácter universal y sanciona eternamente las mismas reglas en todos los tiempos y lugares"⁴³⁹.

En las antípodas se encuentra la concepción sociológica de la moral, defendida por aquellos que asimilan la moral a los comportamientos sociales y generales de una comunidad. Así, la opinión pública, la voluntad de la mayoría, sin atender a otro tipo de consideraciones

⁴³⁷DE CASTRO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas...", op.cit., p.1035.

⁴³⁸Entre los principales seguidores de esta corriente, RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, op.cit.; ESMEIN, P. en el T.IV del *Traité pratique de Droit civil* de PLANIOL y RIPERT, París, Ed. L.G.D.J., 1952.

⁴³⁹GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones*, trad. esp., 2ªed., Madrid, Ed. Reus, 1978, T.III, p.399. La idea de inmutabilidad de la moral es destacada asimismo por ESMEIN en el tomo IV del *Traité pratique de droit civil* de RIPERT y PLANIOL, op.cit., p.280 y ss., pero con referencia a las sociedades de la civilización europea en las que, a su juicio, existe un cuerpo común de doctrina moral extraída de la filosofía antigua y de las tradiciones cristianas, en el que las divergencias son mínimas.

éticas o morales, son el cristal a través del cual se califican los negocios jurídicos de inmorales⁴⁴⁰.

Pero generalmente, y omitiendo teorías radicales, la moral se debe enfocar desde el punto de vista de la moral social. Se trata de objetivar⁴⁴¹ el concepto rechazando, desde un primer momento cualquier referencia a las convicciones de una persona en concreto, esto es, a una suerte de moral individual. La objetivación se produce en base a la asimilación del

⁴⁴⁰Entre los que han fomentado la concepción sociológica de la moral, DEMOGUE (*Traité des obligations*, T.II, n°773) ha señalado que son inmorales los contratos que son contrarios a las buenas costumbres, las cuales no se determinan según el ideal religioso o filosófico, sino según los hechos sociales y la opinión corrientes.

⁴⁴¹La procura de un concepto objetivo de moral reviste gran importancia a menos que queramos correr el riesgo, como señala GHESTIN (*Traité de Droit civil*, op.cit.), de la identificación de la moral, o en su caso de las buenas costumbres, con las concepciones morales de la magistratura, quien, en definitiva, va a aplicar el límite. La objetivación de la moral comporta también para FERRARA (*Teoria dell negozio...*, op.cit, p.29 y ss.) una necesidad de primer grado para conseguir que la moral sea operativa. Rechaza, así, cualquier suerte de moral subjetiva al sugerir que el concepto de *immoralità* (la noción negativa de la moral) se revela siempre por signos sensibles. De hecho, la consciencia colectiva frente a una acción infame e inicua experimenta un estado de turbación, de indignación y de reacción que se denomina *scandalo*. Esta manifestación externa y sensible del escándalo puede servir de guía al juez en la apreciación de los hechos humanos y, por consiguiente, en el reconocimiento o no reconocimiento jurídico de los negocios. Reclama, FERRARA, una *moral presente*, frente a la moral pasada o futura; *práctica*, frente a la teórica; *civil*, en oposición a la moral religiosa; *local*, frente a la internacional; y *objetiva* y *general*, frente a la moral subjetiva. Sólo si se dan estas condiciones se conseguirá un concepto operativo de moral, cuyo juicio representa, a su vez, una *quaestio facti* para el juez.

La postura mantenida por FERRARA fue objeto de una profunda revisión por FERRI, G.B. ("Ordine pubblico, buon costume...", op.cit., pp.128 y 260 y ss.). En efecto, para este autor no parece que aquella tesis pueda mantenerse no tanto por la dificultad, puesta ya de manifiesto por el propio FERRARA, de individualizar en la conciencia social una noción bien definida y unitaria de moral, sino por el hecho de que principio de buenas costumbres (y por lo tanto el significado de moral en él contenido) pueda seguir desarrollando técnicamente en la teoría del contrato un función idéntica a la que operaba en el *Code de Napoléon* y en las otras codificaciones europeas inspirada en aquél, ya que, en su opinión, el principio ha sufrido, en la actualidad, limitaciones y transformaciones de orden cuantitativo y cualitativo que han incidido de modo determinante en su importancia y alcance. Tales transformaciones de la noción de buenas costumbres, unido a la idea de que, en realidad, la única moral común que puede existir es la moral jurídica, implican, en la concepción de FERRI, que la moral vaya a desenvolver un papel residual, que se proyecta en un "*supplemento de moralità deducibili da quei criteri di condotta che, nella vita de relazione, si impongono spontaneamente come essenziali e vincolanti perché questa possa concretamente svolgersi*" (p.271).

concepto de la moral con el de buenas costumbres⁴⁴². A partir de aquí la moral va a discurrir entre dos coordenadas: por un lado, la constatación de un comportamiento social reiterado y generalizado y, por otro, la bondad de tal comportamiento, o sea, su adecuación a los principios éticos considerados normales y aceptados por la comunidad⁴⁴³. Se descarta así cualquier referencia a la moralidad en sentido abstracto (deducida de los principios de la razón)⁴⁴⁴ o a una "ética eterna o trascendente"⁴⁴⁵, como cercenadora de la libertad de contratación.

⁴⁴²El fundamento de la asimilación está en el antecedente del artículo 1255. Nos estamos refiriendo al Proyecto de 1851, en el que se contemplaba la expresión "buenas costumbres" como límite de la autonomía privada. La sustitución por el término "moral" efectuado por el legislador, ya en el Anteproyecto de 1881 y que después pasaría al Código civil, no reviste, a juicio de la doctrina gran importancia, y se basa, más bien, como ha señalado DE CASTRO (*El negocio...*, op.cit., p.245), en "razones de estilo". LACRUZ (*Elementos de Derecho...*, op. cit, T.II, vol.2º, p.184) insiste también en la asimilación entre buenas costumbres y moral como paso previo para deducir "que es lo que entiende el legislador -que es lo que en cada caso debe entender el juez- por moral y buenas costumbres". si ambas expresiones son sinónimas coincide, entonces con DE CASTRO al afirmar que los pactos no contrarios a la moral serán aquellos cuya conducta "no se oponga a la exigible en la normal convivencia entre las personas estimadas honestas". Así, continúa LACRUZ, "el juez no acudirá, para considerar unas costumbres buenas, a las directrices inmutables de un ideal religioso o ético profesado por él sino a la estimación común de la gente, en continuo proceso de cambio". En la misma idea se centra Díez-PICAZO (*Experiencias jurídicas...*, op. cit., p.50) para definir a la moral como "un conjunto de reglas, que son valorativas de la conducta individual y sirven de guía de la misma, que se basan en tradiciones de grupo social (mores, etimológicamente son las costumbres) y a las que con frecuencia se encuentra un fundamento religioso o teológico".

⁴⁴³Nos remitimos aquí a las reflexiones de ENNECCERUS-LEHMAN (*Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, op.cit., T.II, vol.2º, p.666) en torno al concepto de la moral cuando dice que "La cuestión de si se obra contra las buenas costumbres no ha de resolverse conforme a las doctrinas de un sistema filosófico, ni tampoco según las opiniones de clases y partidos singulares, sino de acuerdo con la *conciencia popular general*.[...] Como criterio no puede emplearse ni el parecer acrisolado del pensador ilustre, ni el modo de pensar y de obrar de los hombres de baja condición moral, aunque constituya la costumbre de ciertas esferas. Para las exigencias que establece el ordenamiento jurídico sólo puede ser decisivo aquel criterio de conducta moral cuya inobservancia nos expone al reproche general, especialmente aquella autolimitación en la gestión de nuestros intereses frente a los ajenos que no pueden dejar de atenderse sin la desaprobación de todos los que piensan con criterio sano. Hay que mantener el justo medio: una concepción relajada en demasía no sería conforme a la misión educadora del Derecho; las exigencias demasiado severas perjudicarían la seguridad del Derecho".

⁴⁴⁴MESSINEO, F., *Derecho civil y comercial*, op.cit., T.II, p.481.

⁴⁴⁵CARBONNIER, J., *Derecho civil...*, op.cit., p.270.

Por lo tanto la calificación de una cláusula o de un negocio jurídico como inmoral surgirá desde el momento en que repugnen no toda norma ética, sino aquellas especialmente practicadas por la sociedad⁴⁴⁶, o mejor dicho, aquellas practicadas por un sector de la sociedad estimado sano u honrado, lo que implica, en primer lugar, excluir de la moral - como límite, se entiende- los principios de los grupos marginales o minoritarios, y, en segundo término, afirmar la relatividad de la noción, que oscilará según sean las concepciones sociales vigentes en el momento en que se pretenda que juegue la moral. En definitiva, se tiene en cuenta, como señala TRABUCCHI⁴⁴⁷, el aspecto exterior de la moralidad.

El recurso a la moral, aún entendida en sentido objetivo, es, sin embargo, poco habitual. La jurisprudencia se muestra reacia a emplear este filtro para limitar la autonomía privada, excepto en aquellos casos en que el atentado a las buenas costumbres sea flagrante (sobre todo en los supuestos de inmoralidad sexual)⁴⁴⁸. La actitud de los Tribunales no

⁴⁴⁶Se puede objetar que de esta forma se evita la aplicación de convicciones éticas generalizadas pero que no han sido objeto de un acto de exteriorización concreto. Sin embargo, como señalan LÓPEZ y MONTÉS (*Derecho civil...*, op.cit., p.287) "mal se podrá identificar una regla ética si no ha sido objeto de algún comportamiento".

⁴⁴⁷TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto civile*, op.cit., p.158.

⁴⁴⁸Son pocas las sentencias que atienden al filtro de la moral para enjuiciar comportamientos entre contratantes y, generalmente, cuando lo hacen contemplan este límite desde un plano abstracto, siendo reacios a su aplicación concreta al supuesto de hecho. Así, pronunciamientos como el de la STS 19 octubre 1991 ("Los límites de la moral y del orden público son conceptos jurídicos indeterminados que como tal han de ser aplicados de acuerdo con el total ordenamiento jurídico y vivencia socio-cultural") son los más comunes, en la jurisprudencia, en torno a la moral. No obstante, existen algunas sentencias que, apoyándose en el límite de la moral del artículo 1255, expresamente calificaron como ilícitas determinadas prácticas, pero siempre refiriéndose a terrenos muy concretos: juego y actitudes sexuales. Traemos a colación la sentencia 62/82 de 15 de octubre del Tribunal Constitucional en la que al tratar de aplicar la moral como límite de los derechos fundamentales llama la atención acerca del problema que representa tal operación (perfectamente transportable al ámbito de la autonomía privada): "[...] en qué medida y con qué alcance puede ser delimitada la libertad de expresión por la idea de moral pública. Problema éste de difícil solución si se tiene en cuenta además que la moral pública -como elemento ético común de la vida social- es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Lo que nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético juridificado en cuanto es necesario un *minimum* ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de los derechos fundamentales y libertades públicas que tiene un valor central en el sistema jurídico" (F.J.3º).

difiere de la opinión de algún sector doctrinal que reclama cautela a la hora de aplicar este límite so pena de parificar completamente los negocios inmorales a los ilegales⁴⁴⁹. Se advierte, entonces, la necesidad de considerar inmoral -y sancionarlo con la nulidad- "al acto que siendo éticamente reprobable se contrapone a una regla de derecho, ya que así es ilegal y como tal ha de someterse a la regla general que lo priva totalmente de efectos"⁴⁵⁰, conclusión que pone en cuestión, sin duda, la autonomía de la moral como límite.

Es el momento de plantearse la utilidad real de la moral como límite de la autonomía privada. Lo expuesto hasta ahora nos confirma, a nuestro juicio, dos ideas. En primer término, que la moral, abstractamente considerada, no puede constituir una barrera a la disponibilidad de los contratantes porque eso implicaría otorgarle un poder excesivo en el campo del Derecho, y sobre todo porque no configuraría una referencia fácil para el juez. En segundo lugar, y como consecuencia directa de la anterior afirmación, que es necesario derivar la noción hacia un concepto palpable y concreto, hacia la moral practicada por el grupo social mayoritario, en fin, hacia un concepto casi aséptico, desnudo de implicaciones individuales.

El problema de la operatividad de la moral se plantearía, según STARCK⁴⁵¹, en los siguientes términos: ¿Es necesario adoptar, para su determinación, una perspectiva empírica, subordinada a la evolución de los comportamientos individuales o es preciso resistirse a tal evolución y hacer prevalecer, en el concepto de la moral, un ética dictada por una concepción idealista? Resignarse a considerar la moral como un límite que bebe únicamente en la fuente de la costumbre, que se basa fundamentalmente en los comportamientos sociales

⁴⁴⁹Como señala CANO TELLO ("Cauce y límite...", op.cit., p.788) "es necesario no alterar la diferencia entre lo moral y lo jurídico, pues no se puede convertir en jurídicas las reglas morales de un modo total y absoluto". La apreciación excesiva de este límite puede llevar también a "la imposición de un credo moral, sin guardar el debido respeto a convicciones legítimas o minoritarias" (LÓPEZ, A y MONTÉS, V.L., *Derecho civil...*, op.cit., p.287).

⁴⁵⁰STOLFI, N., *Teoría del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959, p.269.

⁴⁵¹STARCK, B., ROLAND, H. y BOYER, L., *Obligations. Le contrat*, op.cit., p.239.

en un determinado período de tiempo, equivale a asimilarla a aquélla, desvinculándola del sentido del artículo 1255 en cuanto límite de la autonomía privada, desvinculándola, en definitiva, de su aspecto ético. Sin embargo, es necesario, no anticiparse y descifrar primero el sentido de la inclusión de la moral como límite de la autonomía privada. Es perfectamente posible que el legislador pretendiese que los actos de las partes se adecuaran a los actos normales realizados por la comunidad, esto es, que se ordenasen de acuerdo con la costumbre de esa comunidad a la hora de regular un determinado tipo contractual. Pero, no parece éste el objetivo del legislador. Por todos es conocido que con la moral se aspira a reprobar actos cuya valoración ética sea muy deficiente o nada deseable.

Si llegamos a la consecuencia de que actualmente, dada la pluralidad social, no existe un moral unívoca en las gentes como para configurar un límite en el ordenamiento jurídico, como bien afirmaba GHESTIN, la conclusión a nuestro juicio pasaría por restringir el juego de la moral, como efectivamente se viene haciendo por la jurisprudencia, a determinadas áreas donde exista la suficiente certeza en la determinación de aquel concepto y no se ponga, de esta forma, en peligro la seguridad jurídica. Y cuando hablamos de la suficiente certeza en la determinación del concepto, nos queremos referir a la suficiente uniformidad en ese ámbito de las convicciones morales de los individuos que lo componen, generalmente por compartir condiciones homogéneas de formación cultural y un similar *status* social.

En este sentido, uno de los ámbitos en donde puede y debe jugar la moral como límite sería en el terreno de la denominada moral profesional. Siguiendo a MARTY y RAYNAUD⁴⁵², diremos que en las diferentes profesiones, sobre todo en aquellas con un marcado carácter liberal, existe un orden público profesional que refleja una determinada moral, "*une déontologie*", que viene a ser el resultado de unos usos profesionales establecidos a lo largo del tiempo, y que, en ocasiones, se proyecta en los Códigos

⁴⁵²MARTY, G. y RAYNAUD, P., *Droit civil. Les obligations*, 2ª ed., Paris, Ed. Sirey, 1988, T.I, p.73. LACRUZ BERDEJO (*Elementos...*, op.cit., T.II, vol.2º, p.184) menciona también esta posibilidad cuando afirma que "A veces, con todo, habrán de servir de índice las ideas y valoraciones dominantes en ciertos medios profesionales, como los médicos (juramento hipocrático) o los abogados (censura del pacto de *quota litis*), lo cual puede traducirse en unas limitaciones más severas del contenido del contrato".

deontológicos, que careciendo de la consideración de Derecho positivo, concretan las prácticas habituales en la profesión y pueden tener ciertos efectos vinculantes -vgr. en materia disciplinaria- en el ámbito del Colegio de que se trate.

4. EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LAS CLÁUSULAS RESTRICATIVAS DE RESPONSABILIDAD

Antes de efectuar precisión alguna hemos de remitirnos a páginas anteriores en las que explicábamos, siguiendo a PENA, nuestra visión del orden público como una realidad absorbente, totalizadora, que abarca el conjunto de limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico a la autonomía privada y que se contrapone, en su máxima expresión, al orden privado.

Ahora, sin embargo, y después de haber tratado los límites impuestos por las leyes imperativas y por la moral, nos ocupa la operatividad del orden público extrapositivo, o virtual, como delimitador de la autonomía de la voluntad y, por ende, como, delimitador de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil. Así, penetramos en la figura del orden público que funciona como cláusula de cierre de los límites del artículo 1255 C.c.

El orden público, una vez extraído de su seno las leyes imperativas y su aspecto netamente moral, se presenta como un concepto difícilmente aprehensible desde el punto de vista material⁴⁵³ e impregnado de gran relatividad, tanto espacial como temporalmente. Su íntima conexión con el orden social implica una subordinación constante a las mutaciones que en él se producen, resultando, así, laboriosa su comprensión. Muchos han sido los que han puesto de manifiesto el arraigado carácter sociológico del orden público; en palabras de CARBONNIER éste "responde a una supremacía de la sociedad sobre el individuo"⁴⁵⁴, según TRABUCCHI, "se trata de postulados esenciales que se adecúan con elasticidad a las contingentes necesidades de vida"⁴⁵⁵. Todo ello nos conduce a la idea de mutabilidad y de dinamismo, ya que "al desplazarse las bases de la organización social cambia la idea de

⁴⁵³Desde su perspectiva formal no resulta un concepto difícil de aprehender, porque, como vimos, comprenderá lo no disponible por la autonomía privada, lo que no es orden privado.

⁴⁵⁴CARBONNIER, J., *Derecho civil...*, op.cit., T.II, vol.2º, p.264.

⁴⁵⁵Cfr. TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto civile*, 34ºed., Padova, Ed. Cedam, 1993, p.158.

orden público"⁴⁵⁶, y nos aleja de la posibilidad de hallar una definición válida, de una "concepción absoluta y universal en el tiempo y en el espacio"⁴⁵⁷.

La estrecha vinculación del orden público con la organización social a la que sirve no es el único obstáculo para llegar a conceptualizarlo rigurosamente. Su gran componente abstracto o genérico -DE CASTRO lo ha descrito como una "cláusula general de la ley"⁴⁵⁸- dificulta aún más esta labor; en efecto, la idea de orden público resulta, cuando menos, vaga y de contornos imprecisos. Su propio contenido (principios, valores, convicciones) es el principal culpable de tal inconcreción.

Y para mayor abundamiento y mayor dificultad también, la noción de orden público, como límite de la autonomía privada, no se corresponde con el sentido vulgar que posee la expresión, con el significado de tranquilidad o bienestar público al que indiscutiblemente hace referencia. Existe, como señala DE CASTRO, una "desconexión entre el lenguaje usual, recogido en el Diccionario, y el utilizado por el Código civil"⁴⁵⁹. No obstante, el orden público así considerado se manifiesta en determinadas leyes de derecho administrativo⁴⁶⁰, en algunos preceptos del Código penal e incluso en la Constitución española en su artículo 16.

⁴⁵⁶BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959, T.I, p.249.

⁴⁵⁷LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., "La libertad contractual", ob. cit., p.49.

⁴⁵⁸DE CASTRO Y BRAVO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas...", op.cit., p.1031. AMORÓS GUARDIOLA, M., "Comentario al artículo 6.2" en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título preliminar del Código civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, Ed.Tecnos, 1975, vol.I, p.305."concepto-válvula o *standard* jurídico"

⁴⁵⁹DE CASTRO Y BRAVO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas...", op.cit., p.1016.

⁴⁶⁰En este sentido, la derogada Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, establecía como fundamento del orden público, en su artículo primero, "el normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales, reconocidos en las Leyes". Asimismo, la Ley 14/66 de Prensa e Imprenta incluía como,limitación a la libertad de expresión y el derecho a la difusión de información "las exigencias de la defensa nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y la paz exterior".

No obstante, los inconvenientes reseñados no han impedido a los civilistas⁴⁶¹ la

⁴⁶¹En la doctrina francesa han sido muchísimos los conceptos ofrecidos de orden público. La doctrina más tradicional, como nos explica ESPÍN CÁNOVAS ("Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa", *A.D.C.*, 1963), partía de un enfoque positivista y consideraba que las reglas de orden público debían traducirse en leyes; surge así, la noción de leyes de orden público. Entre este sector, destacan CAPITANT, DURANTON y MALAURIE; éste último, sin embargo, concibe con mayor amplitud el campo de las leyes imperativas que el del orden público al comprobar que "*il est des lois impératives qui ont seulement pour objet de protéger des intérêts privés*" (MALAURIE y AYNES, *Droit civil*, op.cit., p. 279). La doctrina más moderna, sin embargo, se decanta por la figura del orden público extrapositivo, admitiendo "la existencia de un principio limitador de la autonomía de la voluntad aun fuera de todo texto legal" (ESPÍN CÁNOVAS, "Las nociones...", op.cit., p.790). En este sentido, CARBONNIER (*Derecho civil...*, op.cit., p.265), conceptúa al orden público como "un mecanismo estatal mediante el que el Estado reprime las convenciones particulares que pueden atentar contra sus intereses esenciales", asegurando la independencia del orden público frente a la Ley o el Derecho escrito. GHESTIN (*Traité de Droit civil*, op.cit., p.86), por su parte, asume la definición que en su día ofreció PLANIOL y entiende que "*une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi*".

Entre los autores italianos que han dedicado páginas al estudio del concepto de orden público, TRIMARCCHI (*Istituzioni di Diritto privato*, 9ªed., Milano, Giuffrè Ed., 1991, p.234) lo ha definido como "el conjunto de principios básicos de la estructura política y económica del Estado vigentes en el ordenamiento jurídico", coincidiendo, en gran medida con MESSINEO (*Derecho civil y comercial*, trad. esp., Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1979, T.IV, p.480) que lo describe como aquellos "principios fundamentales y de interés general -aunque no se trate de normas concretas- sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de Derecho coactivo". SANTORO PASSARELLI (*Doctrinas generales del Derecho civil*, trad. esp., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964, p.221 y ss) alude a un "principio general que se deduce de un sistema de normas imperativas", mientras que STOLFI (*Teoría del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959, p.259) hace coincidir el orden público con los principios generales del Derecho. En una línea semejante, TRABUCCHI (*Istituzioni...*, op.cit., p.158) lo comprende como el conjunto de aquellos postulados esenciales, que no se refieren tanto a los principios políticos (más característicos del orden público internacional) como a las principales estructuras meramente jurídicas.

En la doctrina española, DORAL en su monografía *La noción del orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1967, no lo reduce al contenido de una clase de leyes -las imperativas- sino que lo configura como "el entorno en el que se desenvuelven las mismas", posición a la que se suma expresamente CANO TELLO ("El Derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada", *R.D.I.*, 1979, p.787). DE CASTRO ("Notas sobre las limitaciones...", op.cit., p.1034), por su parte, encamina el concepto de orden público "a los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas, sea para atribuir primacía a una norma respecto de otra, sea de los que inspiran el sentido cambiante de cada institución dentro del movimiento de ideas rectoras del sistema jurídico", desvinculándolo expresamente de los principios generales del Derecho "que son verdaderas fuentes del Derecho". Siguiendo a DE CASTRO, GARCÍA CANTERO ("Droit espagnol", op.cit., p.221) manifiesta que el orden público reside en los intereses generales de la comunidad nacional y constituye un sistema de principios expresos o implícitos. En la misma línea, JORDANO FRAGA (*La responsabilidad...*, op.cit., p.373) lo define

procura de su particular definición del orden público. Desde este trabajo, y aún conscientes de la dificultad que entraña la tarea, nosotros intentaremos hacer nuestra pequeña aportación a una de las cuestiones más debatidas en el Derecho civil: el concepto de orden público.

4.1. El concepto de orden público

Como avanzamos al inicio de este capítulo, el orden público, a nuestro juicio, presenta una doble caracterización, provocada por el tratamiento que el Código civil hace de él, y que se efectúa más bien por motivos aclaratorios. En realidad, el orden público aspira a ser una figura contrapuesta al orden privado, y, en cuanto tal, comprende lo que no pertenece a este último. Engloba las leyes que el Estado impone coactivamente a los particulares -las llamadas leyes imperativas-; engloba una serie de directrices valorativas ínsitas en el sistema que por su magnitud o esencialidad se anteponen a los intereses privados de cada miembro de la comunidad; engloba, finalmente, los aspectos éticos o morales predominantes en la sociedad.

Concebido así el orden público, la vasta realidad a la que hace referencia pudiera contradecir lo estipulado en el artículo 1255, que enumera taxativamente los tres límites de la autonomía privada: la ley, el orden público y la moral. Pero, como ya comentamos, el orden público mencionado en este precepto nos lleva a la otra caracterización de la que hablábamos al inicio, al orden público depurado de su aspecto positivado (de las leyes) y de

como "el conjunto de directrices fundamentales emergentes del ordenamiento que responden a las necesidades colectivas que no pueden ser alteradas (menoscabadas) por el particular". Por el contrario, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema...*, op.cit., vol.1º, p.377) conectan directamente el orden público a los principios generales del Derecho cuando dicen que "en realidad el orden público viene a ser la expresión que se le da a la función de los principios generales del Derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en tanto los vulnere". Otros autores - LACRUZ BERDEJO (*Manual de Derecho civil*, 2ªed, Barcelona, Ed. Bosch, 1990, p.658), BONET CORREA ("Los actos contrarios a las normas y sus sanciones", *A.D.C.*, 1986, p.242) y LALAGUNA ("La libertad contractual", op.cit., p.49) se suman a la postura del Tribunal Supremo, el cual en sentencia 5 de abril de 1966 definió el orden público del siguiente modo: "el orden público nacional está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales, e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada".

su componente moral (la moral del art.1255 C.c.). En fin, al orden público extrapositivo.

En este sentido, el orden público se compone de todos los principios o postulados necesariamente obligatorios para los individuos, esto es, fuera de la esfera de su poder de disposición. En este sentido, se compone de los valores esenciales que impulsan al legislador a dictar leyes cogentes, esto es, el porqué de esas normas; de ciertos postulados que flotan en la sociedad y que han sido elevados, por la jurisprudencia, a la categoría de indispensables para su buen funcionamiento⁴⁶²; en fin, de todo lo que no pueda ser calificado como ley o moral y que, sin embargo, limite la autonomía privada.

Unos y otros no son valores o directivas metajurídicas; sino que tienen que tener relevancia jurídica. Por otro lado, estos valores participan de la nota de relatividad en el tiempo y en el espacio, a la que hicimos referencia anteriormente. El concepto de orden público, de este modo, varía en su composición, que no en su estructura que constantemente se configurará por los principios fundamentales que en cada momento histórico se consideran como tales. Pero la asignación de la categoría de orden público a los valores que latén en la sociedad depende obviamente de la evolución de aquélla. La transformación de la sociedad, y como consecuencia, de sus preferencias en cuanto a qué debe entenderse por obligatorio es tan acusada en el tiempo como en el espacio. Ciertamente es que la influencia de los medios de comunicación propicia un gran intercambio cultural entre los pueblos que conduce a un mayor nivel de homogeneización, sin embargo existen determinados valores que mientras que una sociedad los configura como esenciales (vgr. igualdad hombre-mujer) otra los trata de

⁴⁶²La labor de la jurisprudencia acerca de concretar determinados postulados de orden público reviste gran utilidad porque, de este modo, "el juez puede anular situaciones claramente encontradas con el orden jurídico pero que no han podido plasmarse aún jurídicamente" (LÓPEZ, A. y MONTÉS, V.L.: *Derecho civil. Parte general*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1992, p.288). Se le otorgaría así al orden público una función de carácter residual y complementario o, como señala LALAGUNA ("La libertad contractual", op.cit, p.50), una función de garantía, de protección de "las condiciones favorables al ejercicio normal de la contratación". La labor de los Tribunales ha sido también puesta de relieve por BATLLE ("Comentario al artículo 6.2 C.c.", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op.cit., T.I, p.109) quien considera que la fijación definitiva del orden público corresponde a aquellos, "que habrán de buscar la razón de decidir en el espíritu de las propias leyes de sentido imperativo, en las normas morales sentidas de manera general, y en las circunstancias básicas del orden económico".

manera muy diferente (en este supuesto, los pueblos árabes).

Pero sobre todo, a nuestro juicio, la característica que debe ser destacada en la realidad del orden público es su imperatividad. Precisamente esta nota es la que permite contraponer el orden público al orden privado, y debido a ella forman parte de la categoría del orden público las normas imperativas y la moral, y debido a ella se impone a la autonomía privada. Y la imperatividad, además, resulta más inherente al orden público que, aunque parezca una contradicción, la propia noción de interés público en virtud de la cual tradicionalmente se ha pretendido definirlo. En primer lugar, porque como, en definitiva, todo el Derecho se proyecta hacia la consecución del bien común o de la justicia, ésta es su "misión", resultaría poco aclaratorio tratar de conceptualizar al orden público en base a este requisito. En segundo lugar, porque si partimos de una noción muy estricta de lo que es interés público, como contrapuesto a interés privado⁴⁶³ -lo cual reduciría considerablemente, *vgr.* los principios considerados esencialmente públicos- extraeríamos del concepto muchas normas imperativas, y por ende sus principios informadores, que no pretenden alcanzar fines estrictamente públicos y, de otro lado, introduciríamos en aquél normas dispositivas que realmente persiguen un interés público (*vgr.* determinadas medidas protectoras cuyos destinatarios tienen potestad para beneficiarse de ellas o no).

El orden público así contemplado destaca, sobre todo, por su amplitud y su casi nula sistemática. Para tratar de "atraparlo" se han realizado numerosas clasificaciones, siendo la más notoria la que lo fragmenta en dos núcleos: el orden público político, u orden público jurídico, y el orden público económico.

⁴⁶³DORAL (*La noción de orden público...*, op.cit., p.27) funda precisamente aquí su crítica a los que, como nosotros, consideramos la ley imperativa integrada en el concepto de orden público: "Pero, además, su misma base resulta insostenible. Si el interés público y el interés privado no son entre sí irreductibles, mal puede apoyarse en su contraposición un criterio distintivo entre las normas autónomas y las imperativas, incluidas en éstas las de orden público", aclarando, a pie de página, que "el interés público y el interés privado ni son necesariamente contrapuestos ni tampoco separables. El interés público es también interés privado; un interés privado generalizable". Así, coincidimos plenamente con el autor excepto en el punto principal de la discusión: la cuestión no pasa, a nuestro entender, por la contraposición interés público-interés privado sino por la oposición orden público-orden privado, que reviste matices muy diferentes.

El primero corresponde a la versión clásica del orden público y recoge determinados valores de la comunidad que se asocian en torno en tres figuras principales: el Estado, la familia y el individuo. Se han destacado⁴⁶⁴ sus tres principales características: por un lado, su carácter conservador, ya que tiene por objeto la salvaguardia de los valores esenciales de la sociedad en un momento dado; por otro, su aspecto judicial, porque depende generalmente del juez el aclarar si una convención es contraria o no al orden público; y, finalmente, su carácter negativo, limitándose a prohibir determinados comportamientos contrarios a sus directrices.

El orden público económico responde a una evolución histórica⁴⁶⁵ de la primera versión, propiciada por el cambio de papel del Estado en lo que a las relaciones privadas se refiere. Desde la época liberalista, en la cual el Estado se caracterizaba por su escasa o nula intervención reflejada en la máxima *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*, pasando por el problemático final del siglo XIX, donde se deja entrever una cierta preocupación de la Administración por determinados sectores de población (trabajadores...) influenciado por las doctrinas socialistas y cristianas, se ha llegado a un período, cuyo inicio se sitúa en el final de la Segunda Guerra Mundial, en el que el Estado se inmiscuye directamente en la organización y distribución de los bienes y servicios⁴⁶⁶. Las relaciones patrimoniales de los particulares no son, desde ahora, ajenas a la Administración, sino que ésta se implica directamente en transacciones y negocios efectuados por los individuos que han de respetar, a su vez, las directrices económicas del Estado (la economía pasa a ser el norte de la política).

⁴⁶⁴En este sentido, MALAURIE, P. y AYNES, L., *Droit civil*, op.cit., p.280.

⁴⁶⁵En España la primera aparición de la figura del orden público económico tiene lugar en la Exposición de Motivos de la Ley sobre Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Sobre este extremo, vid. DE CASTRO, F., "Notas sobre las limitaciones...", op.cit., p.994 y ss.

⁴⁶⁶Cfr. GHESTIN, J., *Traité de Droit civil...*, op.cit., p.85 y ss.

Como ha señalado FARJAT⁴⁶⁷, el elemento económico es una de las características del nuevo Derecho privado, y su influjo modifica la concepción de orden público, que va a ser el principal receptor de las líneas económicas del Estado. La penetración del componente económico en el orden público tiene dos consecuencias fundamentales.

Por un lado, el orden público absorberá la política económica del Estado para actuar como corrector ante comportamientos sociales que se desvíen del modelo económico a seguir. Se configura, así, el orden público de dirección.

De otra parte, la soberanía del valor económico y el auge de ciertos principios conducen a una situación de desprotección de ciertos sectores sociales (consumidor, asegurado, arrendatario...) atrapados por el dominio de las clases sociales fuertes (empresario, asegurador, arrendador...). El orden público intenta solventar, desde esta perspectiva, las inevitables diferencias que surgen entre unos y otros, configurándose, entonces, el orden público de protección⁴⁶⁸.

Los principios más representativos de la versión contemporánea del orden público tratan de reflejar las exigencias expuestas. Entre otros, DÍEZ-PICAZO⁴⁶⁹ ha señalado como los más importantes, a los efectos del Derecho civil patrimonial, el principio a la propiedad privada, el de libertad económica, que en Derecho contractual se concentraría en el de libertad de contratación, el de reciprocidad y justo equilibrio de las prestaciones, y el de buena fe, que con una amplitud considerable serviría de nexo entre la figura del orden público y la de la moral, actuando como moralizante de las relaciones jurídico-privadas-.

⁴⁶⁷FARJAT, G., *L'ordre public économique*, obra comentada por G.B. FERRI en "L'ordine pubblico economico (A propósito di una recente pubblicazione)", *Riv. Dir. Comm.*, 1963-II, p.467.

⁴⁶⁸Sin embargo, como ha puesto de relieve FLOUR y AUBERT (*Les obligations. L'acte juridique*, París, Ed. A.Colin, 1991, T.I, n°297), aunque la diferencia teórica es nítida entre los dos aspectos del orden público económico, en la práctica la distinción se desvanece, ya que no resulta fácil separarlos, debido a la interacción que existe normalmente entre los objetivos económicos y sociales de la política estatal. Es, a su modo de ver, una cuestión de grado.

⁴⁶⁹DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.41 y ss.

En esta descripción del orden público económico se constata su carácter legislativo frente a la nota claramente judicial del orden público político. Aquel "se exterioriza en mandatos legales imperativos cuya ejecución y exigencia está encomendada a la Administración, la que actúa por delegación expresa o tácita mediante el arbitrio de sus funcionarios por reglamentos, órdenes e instrucciones"⁴⁷⁰. Lógico corolario de ello es la eficacia positiva del orden público económico, frente a la eficacia negativa del orden político, ya que no se limita a prohibir sino que impone, de forma positiva, obligaciones a las partes, condicionando incluso los efectos de los contratos⁴⁷¹.

4.2. Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contrarias al orden público

En este epígrafe no trataremos de exponer un elenco de cláusulas que quebrarían las mínimas exigencias del orden público, tarea infructuosa tanto por lo inabarcable, como por la relatividad de la lista, susceptible de modificaciones dada la dinamicidad de la noción. No obstante, consideramos positivo y orientativo efectuar una relación, a título de ejemplo, de las cláusulas que tradicionalmente doctrina y jurisprudencia han entendido contrarias al orden público.

En primer lugar, se ha utilizado el recurso del orden público para negar eficacia a las cláusulas exoneratorias o limitativas de la responsabilidad extracontractual, como ya adelantamos al tratar la cuestión de su validez en el capítulo segundo. La jurisprudencia francesa, seguida posteriormente por un amplio sector doctrinal, encabezó la dirección de pensamiento que consideró al principio *neminem laedere* como de orden público. Como consecuencia, cualquier tipo de limitación convencional de responsabilidad civil supondría una infracción al orden público. Esta línea doctrinal, aunque superada por ciertos autores, sigue siendo mayoritaria, como ya vimos al tratar esta cuestión en la primera parte de este trabajo.

⁴⁷⁰DE CASTRO Y BRAVO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas...", op.cit., p.10.

⁴⁷¹Cfr. MALAURIE, P. y AYNES, L., *Droit civil*, op.cit., p.280.

Otros autores⁴⁷² se han basado en la contravención del orden público para considerar nulo cualquier pacto limitativo de responsabilidad en caso de culpa grave del deudor, ya que si la *ratio* del artículo 1102 del Código civil, que veda la irresponsabilidad del deudor en supuestos de dolo, nos conduce a la preservación del orden público, la prohibición de exoneración de la culpa grave ha de tener igual fundamento.

También, se ha recurrido al orden público para anular las convenciones que tengan por objeto limitar la responsabilidad en caso de muerte o lesiones en el otro contratante. El derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 de la Constitución), que forma parte del grupo de derechos ultraprotegidos (secc.1ª, Cap. 2º, Tit.I), y que como fundamento objetivo del ordenamiento impone a los poderes públicos el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger estos bienes de los ataques de terceros⁴⁷³, se vería seriamente vulnerado si gozasen de licitud determinados pactos de limitación de la responsabilidad que encubriesen atentados a este derecho. En este punto, es necesario concluir que cualquier pacto que se proponga limitar o exonerar de responsabilidad al dañante en caso de muerte o lesiones de la víctima ha de reputarse nulo⁴⁷⁴.

En la versión de orden público económico, se ha considerado que éste invalida aquellas cláusulas que impliquen un abuso de posición económica de la contraparte -por infracción del art.9 y 51 de la CE-⁴⁷⁵ y las que contenidas en condiciones generales sean

⁴⁷²En este sentido, nos remitimos a lo ya citado acerca del alcance del artículo 1102 C.c.

⁴⁷³GÓNZALEZ RIVAS, J.J., *Estudio-comentario jurisprudencial de la protección constitucional de los derechos fundamentales*, Granada, Ed. Comares, 1992, p.147.

⁴⁷⁴En este sentido, y en nuestra doctrina, BELLO JANEIRO, D., "Cláusulas limitativas...", op.cit., p.5652; DÍAZ ALABART, S., "Comentario al art. 1103", op.cit., p.290, entre otros. Asimismo, PINTO MONTEIRO ("Cláusulas limitativas e de exclusão...", op.cit., p.122) declara contrarias al orden público las cláusulas que alejan del contrato determinados deberes accesorios o colaterales relacionados con bienes personales contra los riesgos de daños concomitantes. También BESSONE ("Le clause di esonerazione e di limitazione...", ob.cit., p.335) declara indeclinable la responsabilidad relativa al "*soddisfacimento di quegli interessi creditorî che attengono alla salvaguardia del creditorî nella sua integrità fisica e morale [...]*".

⁴⁷⁵BELLO JANEIRO, D., "Cláusulas limitativas...", op.cit., p.5652.

impuestas por una empresa monopolista o que goza de una posición predominante en el mercado⁴⁷⁶.

Asimismo, se han considerado opuestas al orden público las limitaciones de responsabilidad derivadas de delito⁴⁷⁷ así como las que, de un modo u otro, se refieran a obligaciones impuestas legalmente⁴⁷⁸.

Además de las aplicaciones anteriores, la gran virtualidad de este límite con respecto a las cláusulas restrictivas de responsabilidad se proyecta, a nuestro juicio, a través del orden público de protección. Este expediente, que incide en la tutela de aquellos desequilibrios económicos de determinados sectores sociales por el dominio de las clases económicas de poder, sirve de límite a aquellas cláusulas de irresponsabilidad que afecten a estos colectivos y que, por afectarles, atentan contra la libertad e igualdad contractual de las partes. En definitiva, el orden público de protección se configura en límite de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil cuando éstas afecten al contratante débil, en sus múltiples facetas: consumidor, arrendatario, trabajador, etc.

⁴⁷⁶GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.141.

⁴⁷⁷Cfr. BELLO JANEIRO, D., "Cláusulas limitativas...", op.cit., p.5652 y BESSONE, M., "Le clause di esonero e di limitazione...", op.cit., p.336.

⁴⁷⁸Cfr. BESSONE, M., "Le clause di esonero e di limitazioni...", op.cit., p.336. Entre ellas el autor italiano destaca las obligaciones legales familiares, aquellas que se refieren a la custodia de incapaces, educación de menores, y las relativas a las prestaciones profesionales y a la función pública.

5. AUSENCIA DE PERJUICIO A TERCEROS

Desde la propia naturaleza del acto de autonomía privada, el cual no puede alcanzar a los intereses que sean ajenos a quienes son parte en él, ya sean estos públicos (interés público) ya sean privados, se justifica la mención en el artículo 6.2 C.c. de la ausencia de perjuicio a terceros como límite del acto de exclusión voluntaria de la ley, límite que ha de ser igualmente aplicado a las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

La expresión acuñada por la norma "*la ausencia de perjuicio a terceros*", muy gráfica y en sí misma poco problemática, necesita, no obstante, de ciertas observaciones en aras de delimitar la actuación de este límite.

En primer lugar, conviene descifrar qué es jurídicamente, y más concretamente en el marco del artículo 6.2., el *perjuicio* a terceros. La doctrina, poco dada a un tratamiento exhaustivo de la cuestión, ha señalado, sin embargo, algunas pautas en orden a su interpretación. Así, se ha aludido al "perjuicio" en sentido amplio⁴⁷⁹, eludiendo un significado patrimonialista del término en el sentido de considerar únicamente el daño material. Se entiende, entonces, por perjuicio cualquier situación no favorable a la que se someta al tercero como consecuencia de la exclusión de la ley. Pero una precisión ulterior viene a restringir la afirmación precedente. Y es que esa situación no favorable, esa lesión, ha de incidir en los derechos del tercero o en aquellos intereses jurídicamente protegidos⁴⁸⁰. Esta matización excluye del concepto aquellos perjuicios ocasionados a las meras expectativas del tercero o a los intereses no constitutivos de derechos.

⁴⁷⁹Cfr. DE LA VEGA BENAYAS, C., *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código civil*, Madrid, Ed. Civitas, 1976, p.207 y LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, 2ª ed., Madrid, Ed. Trivium, 1993, T.I., p.131.

⁴⁸⁰Como indica PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho...*, op. cit, T.I, p.350) los derechos que pueden ser perjudicados "son los derechos con vigor y eficacia actuales [...] no los futuros o eventuales". En el mismo sentido, SANTAMARÍA (*Comentarios al Código civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, T.I, p.22), comentando el antiguo artículo 4, dice que "el perjuicio ha de afectar al tercero en sus derechos y no en las meras expectativas ni en los intereses no constitutivos de derechos".

Se debe, asimismo, determinar quién es el *tercero* al que alude el art.6.2 C.c., por algunos calificado de "tercero civil" -por oposición al "tercero hipotecario"-⁴⁸¹. En principio sería obvio declarar que la posición jurídica del tercero se encuentra caracterizada por su ajeneidad con respecto a la o las partes del negocio jurídico de que se trate: es aquél que no ha participado en el negocio jurídico⁴⁸². Una vez más se hace necesaria una precisión, porque también será considerado como tercero el sujeto que esté ligado a una de las partes mediante otro negocio jurídico⁴⁸³. Así, la posición jurídica del tercero se medirá en valores no tanto de no proximidad o afectación como de no participación en el concreto negocio o acto; en nuestro caso, como de no participación en el acto de autonomía que se ejercita para excluir la responsabilidad del deudor.

Consecuentemente, se entenderá como perjuicio a terceros, a tenor del art.6.2 C.c., aquella lesión, patrimonial o no patrimonial, en los intereses jurídicamente protegidos de una sujeto originada por un acto o negocio jurídico en el que aquél no ha participado.

La exclusión voluntaria de la ley aplicable, y por extensión, las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil ha de realizarse en ausencia del citado perjuicio a terceros, que se erige, así, como un límite más a su plena validez, cuyo fundamento radica, en palabras

⁴⁸¹ Denominado así por DE LA VEGA BENAYAS (*Teoría, aplicación y eficacia de las normas...*, op. cit., p.207). Aunque a este respecto GULLÓN BALLESTEROS ("En torno a los llamados contratos en daño a tercero", *R.D.N.*, n°19-29, 1958, p.122) se muestra contrario a tal denominación, y prefiere la calificación de tercero, sin otros aditivos: "Ante todo se ha de advertir que la distinción corriente entre tercero civil y tercero hipotecario no nos puede llevar a incluir dentro de una de estas categorías al tercero que recibe un daño como consecuencia de una contrato".

⁴⁸² La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre 1985 (A.5082) incide en esta característica a la hora de conceptuar al "tercero": "Es doctrina general, ciertamente, de acuerdo con lo establecido en el art.1257 del C.civil que los contratos sólo producen efecto entre las partes que lo otorgan y sus herederos, no respecto a terceros, cualidad que, normalmente, es predicable de la persona o personas que no han intervenido en el acto, contrato o documento, aunque sí pierde esta condición de ajeno e inmune a pacto o contrato el sucesor [...]" (F.J.4°).

⁴⁸³ Esta precisión la efectúa GULLÓN BALLESTEROS ("En torno a los llamados contratos...", op. cit., p.122) siguiendo a FERRARA SANTAMARÍA: "Tercero no es solamente aquél que ha permanecido extraño a la relación contractual formada, sino que se encuentra vinculado a las partes o a una de ellas por una relación jurídica que es dañada mediante aquélla, o bien se encuentra en una situación de dependencia con el contrato dañoso de causa a efecto".

de MUCIUS SCAEVOLA, en el axioma jurídico de que a nadie puede perjudicar aquello en lo que no ha tenido participación⁴⁸⁴, consagrado, en el Código civil para los contratos, en el artículo 1257 según el que "*Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos [...]*" y en el artículo 1259 en virtud del cual "*Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal*".

Si nos trasladamos al plano de su real operatividad práctica, hemos de reconocer que los Tribunales han utilizado en muy escasas ocasiones el perjuicio a terceros para negarle eficacia a un negocio jurídico que implique una exclusión de ley⁴⁸⁵ (y más aún si se trata de cláusulas exoneratorias o limitativas de la responsabilidad), aunque sí lo han aplicado en lo que concierne a la renuncia de derechos -con referencia, sobre todo, al fraude de acreedores-. Quizás la razón del desuso se halle en que, como decía MANRESA⁴⁸⁶, es muy difícil determinar en la práctica cuándo existe verdaderamente perjuicio a terceros (quien confesaba, hablando de la renuncia, que aquél existe en todas ellas). Puede hallarse también en la circunstancia de que este límite estaría, tal vez, más indicado para la figura de la renuncia que para el acto de exclusión de la ley⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴SCAEVOLA, Q.M., *Código civil*, T.I, p.252. Por su parte LASARTE (*Principios de Derecho civil*, op.cit., T.I, p.157) señala, al tratar la renuncia, que "la irrenunciabilidad establecida para evitar el perjuicio de terceros encuentra un claro fundamento en razones de índole patrimonial: no se permite que el particular disminuya su patrimonio injustificadamente alzando o escondiendo sus bienes. Pero al propio tiempo supone una derivación concreta del respeto debido al orden público económico o patrimonial".

⁴⁸⁵Uno de los pronunciamientos es la STS de 8 de abril 1976 en la se señala que "el enriquecimiento injusto supone un perjuicio para terceros, por tanto no se podrá admitir la exclusión voluntaria de la ley aplicable ni la renuncia a los derechos". Ya en el plano concreto de las limitaciones de responsabilidad la STS de 25 de abril 1986 (A.2002), utilizó el argumento del perjuicio de terceros para enjuiciar la validez de una cláusula de irresponsabilidad en favor del porteador, ya que ésta, concertada por el cargador, perjudicaba los derechos de la aseguradora.

⁴⁸⁶MANRESA, J.M., *Código civil español*, op.cit., T.I, p.126.

⁴⁸⁷De esta opinión son DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho...*, op.cit., vol.1º, p.197). Con respecto a los límites que fija el artículo 6.2 para el acto de exclusión señalan que: "Estos requisitos, que proceden del antiguo artículo 4º, que los establecía para la validez de la renuncia a los derechos que ya se poseen y que el actual artículo 6º.2 aplica igualmente a la renuncia de derechos, en realidad sólo para ésta última tienen pleno sentido. Su extensión a la llamada

No obstante, y al margen de otras aplicaciones, no vemos por qué no se ha de tener en cuenta este límite a la hora de evaluar una cláusula de irresponsabilidad, en el supuesto de que el pacto de exoneración convenido entre acreedor y deudor lesione los derechos de los acreedores del primero, ya que, mediante esa cláusula, el contratante está renunciando a percibir una indemnización que le correspondería lo que, a la postre, se convierte en un empobrecimiento de su patrimonio con la consiguiente lesión para los intereses de sus acreedores.

"exclusión voluntaria de la ley aplicable" se produce con gran dificultad. En rigor, lo que impide la renuncia de la ley o la exclusión voluntaria de la ley aplicable no es que tal renuncia o exclusión contrarie al orden público o perjudique el interés de terceros, sino, como hemos dicho en los párrafos anteriores, que la ley aplicable sea una ley imperativa o que no se establezca mediante negocio jurídico la reglamentación sustitutoria".

6. LA BUENA FE COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA PRIVADA

La vinculación de la autonomía privada a la buena fe no resulta problemática aunque nuestro ordenamiento carezca de una norma concreta que así lo prescriba expresamente. En efecto, en los dos artículos que el Código civil dedica a la buena fe con alcance general, no se configura aparentemente este parámetro como límite *stricto sensu* a la autonomía privada: el artículo 1258 C.c. ("*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*") afecta a la autonomía privada pero en un momento postcontractual y no precontractual, y el artículo 7.1 C.c., ubicado en el Título preliminar del Código civil, posee un tenor literal limitado al ejercicio de los derechos: "*Los derechos deberán ejercitarse con arreglo a las exigencias de la buena fe*".

Aun así, la vinculación directa del poder contractual de las partes a las exigencias de la buena fe radica en el citado artículo 7 C.c. y en la constatación de la buena fe como principio informador del ordenamiento. En este sentido, la doctrina española ha criticado de forma mayoritaria la cortedad e incompletud del precepto del Título preliminar⁴⁸⁸ y ha propugnado una lectura amplia de la norma, exponiendo la capacidad de la buena fe para afectar "también a las facultades y poderes y, en general, a las situaciones jurídicas"⁴⁸⁹.

Desde el momento en que configuramos a la autonomía privada como un poder

⁴⁸⁸Por todos, vid. MONTÉS, V.L., "Comentario al artículo 7", en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1977, vol.1º, p.371.

⁴⁸⁹MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Comentario al art.7.1", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, op.cit., T.I, p.48. En el mismo sentido, BATLLE ("Comentario al art.7", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op.cit., T.I, 1978, p.117) habla de la buena fe "exigible en los actos jurídicos, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones"; MARTÍNEZ CALCERRADA, L., "La buena fe y el abuso del derecho", en *Estudios de Derecho patrimonial*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1984, p.27.

jurídico⁴⁹⁰, es fácil concluir con la necesaria subordinación del ejercicio de tal poder a las disposiciones de la buena fe. Ya antes de la reforma de 1974, el profesor DE CASTRO advertía la dependencia entre la autonomía de la voluntad y la buena fe: "El mismo principio de la autonomía de la voluntad, no obstante la fuerza carismática del principio *pacta sunt servanda*, se estimará limitado en su ejercicio por otro principio, el de la buena fe"⁴⁹¹. Esta conclusión era compartida por HERNÁNDEZ GIL: "El Código, desde ningún punto de vista, tiene pretensiones de exclusividad. Sus remisiones a la moral, al orden público, a las buenas costumbres y a la *buena fe* como criterios rectores de la libertad civil, ponen de manifiesto también que la ley no se basta por sí sola por mucha que sea su imaginación previsor; de ahí que el propio Código repunte indispensable la cooperación no sólo de fuentes formales distintas, sino de otros módulos superiores que valoran la conducta de un modo esencial y paradigmático"⁴⁹².

Hoy, tras la incorporación al Título preliminar del artículo 7.1 -posición sistemática que determina su proyección a la totalidad del ordenamiento- el respeto a la buena fe se ha legalizado; el "módulo superior" que antes representaba la buena fe se ha convertido en principio legal de inexcusable obediencia. En fin, podemos afirmar con MONTÉS que "el entero ordenamiento jurídico debe ser interpretado en armonía con el principio de buena fe y han de ser rechazadas o consideradas excepcionales las normas y las interpretaciones que conduzcan a un resultado contrario a la buena fe. La misma regla ha de ser aplicada a las reglamentaciones privadas operadas por los particulares en el ámbito de la autonomía privada a través de los negocios jurídicos"⁴⁹³.

⁴⁹⁰Como indica FERRI: "La autonomía privada no es sólo no principalmente libertad; sus manifestaciones no son mero ejercicio de un derecho subjetivo, como lo son andar o arar las fincas propias. La autonomía privada es, ante todo, poder, y los negocios jurídicos son manifestación de poder". (FERRI, L., *La autonomía...*, op.cit., p.297)

⁴⁹¹DE CASTRO, F., "El ejercicio de los derechos", en *Temas de Derecho civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1972, p.137.

⁴⁹²HERNÁNDEZ GIL, A., "La concepción ética y unitaria de buena fe", en *Obras Completas*, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1986, T.I (Conceptos jurídicos fundamentales), p.554.

⁴⁹³MONTÉS, V.L., "Comentario al art.7", op.cit., p.366.

No obstante, si, en general, hay coincidencia en la subordinación del ejercicio de los poderes jurídicos, y en especial de la autonomía privada, a la buena fe, la coincidencia no es tal a la hora de calificar a la buena fe como límite técnico de la autonomía privada ya sea por reiterada omisión en este punto ya por la negación de esta máxima⁴⁹⁴. Probablemente la estrecha relación de la buena fe con la moral⁴⁹⁵ o la tradición de vincular la buena fe con el ejercicio de los derechos o con el cumplimiento de las obligaciones, interpretando literalmente los artículos 7 y 1258 C.c., sean las causas de la no inclusión de la buena fe entre los límites de la autonomía privada.

Sin embargo, a nuestro juicio, la buena fe es un límite propio de la autonomía privada; un límite imperativo de la actividad negocial que prohíbe "*los pactos, cláusulas y condiciones*" contrarias a ella que pudieran establecer las partes; un límite negativo en cuanto reprobador de conductas que contravengan a la regla de comportamiento que impone la buena fe; pero también un límite positivo, desde el momento en que la buena fe es creadora de deberes precontractuales que vinculan a los contratantes en este período.

⁴⁹⁴Son taxativas las palabras de CATTANEO ("*Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1971, p.634) cuando define la buena fe "como principio regolatore, ma non come limite in senso proprio dell'autonomia individuale". FERRI (*La autonomía privada*, op.cit., p.413) se muestra ciertamente cauto al enfrentarse a la buena fe como límite de la libertad contractual, extremo que no llega a negar pero que tampoco afirma con claridad, porque lo que no acepta es que el poder de los contratantes esté vinculado en la persecución de finalidades éticas. En nuestra doctrina, ALFARO (*Las condiciones generales...*, op.cit., p.81) sólo considera la buena fe como límite de las condiciones generales de contratación, pero no de la autonomía privada; precisamente una de las diferencias entre el Derecho de condiciones generales y el Derecho contractual es la de la existencia de diversos límites de validez para uno y otros. "Mientras los pactos contractuales están sometidos - en general- únicamente a la ley imperativa, la moral y el orden público (art.1255 C.c.) como límites genéricos a la libertad contractual, las condiciones generales sólo son válidas si son conformes con la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones [art.10.1c) LCU]. La diferencia estriba, por tanto, en la cláusula general que sirve como patrón de enjuiciamiento de la validez: en un caso la moral y el orden público y en otro la buena fe".

⁴⁹⁵Dice DE LOS MOZOS (*El principio general de la buena fe*, op.cit., p.61): "En el juego de la aplicación de las normas hay supuestos en los que no entra la buena fe, bien porque se trata de la actuación del principio de orden público, bien porque la referencia extrajurídica a que remiten las normas es de naturaleza distinta, cuando sucede cuando la norma llama a las buenas costumbres o a la moral (art.1116, 1255, 1271, etc.)".

Coincidimos, en este sentido, con RODOTÁ⁴⁹⁶, quien considera las disciplinas de la buena fe y de la *correttezza* como "*limitazioni in senso tecnico dell'autonomia privata*". Ambas disciplinas, cuyo fundamento radica en el principio de la solidaridad contractual y que a la luz de nuestro Derecho civil pudiéramos aunar en la única categoría de la buena fe, limitan la posición de cada contratante en la relación contractual, configurando un complejo de reglas que restringen la libertad de elección de las partes en los fines de la acción y en la cualidad del comportamiento contractual.

La invocación de la buena fe como límite de la autonomía privada supone, en primer término, tratar de acercarse al concepto de buena fe, para después delimitar cuál es el significado de la buena fe como límite a la autonomía privada. Su suficiencia como límite del poder jurídico que representa la autonomía de la voluntad se proyecta en cada acto emanado por este poder. Siendo las cláusulas restrictivas de la responsabilidad expresión de aquélla, la buena fe controlará indefectiblemente su validez.

6.1. Un acercamiento a la buena fe

No caeremos en el tentador propósito de buscar una definición de la buena fe, porque tal búsqueda, resultaría quimérica, o estéril⁴⁹⁷, y hasta no recomendable. La indeterminación y vaguedad es inherente al concepto de buena fe -"constituye una estrategia del ordenamiento jurídico para facilitar constantes adaptaciones a la realidad"⁴⁹⁸- y tentativas que procuren acabar con tal indefinición "*seriam inaptas face ao alcance e riqueza*

⁴⁹⁶RODOTÁ, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffré Ed., 1969, pp.143 y 178. También caracterizando a la buena fe como límite, BRECCIA, U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, Giuffré Ed., 1968, p.59. Más recientemente, MORELLI, M.R., "La buona fede como límite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazioni delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti", *Giust.Civ.*, 1994-I, p.2168 y ss.

⁴⁹⁷Según LARENZ (*El Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. por Díez-Picazo, Madrid, Ed. Civitas,..., p.97) la buena fe "no posee la forma de una definición" porque "no es un concepto, sino un principio, formulado con la regla exterior de una regla de Derecho".

⁴⁹⁸LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, op.cit., p.166.

reais da noção"⁴⁹⁹.

Sí, en cambio, podemos acercarnos a su significado. En este sentido, la buena fe nos conduce inmediatamente a la idea de honestidad- está entroncada directamente con uno de los *tria iuris praecepta* de Ulpiano: *honeste vivere*⁵⁰⁰-, de fidelidad, de lealtad, de confianza, de ignorancia etc. Significa "honorabilidad, honradez y es el concepto opuesto al de dolo, en su acepción general de deslealtad"⁵⁰¹.

La buena fe se define esencialmente como regla de conducta⁵⁰² o como "un *standard* o modelo de conducta social que se considera paradigmática"⁵⁰³; implica lealtad recíproca - es "criterio de reciprocidad", en palabras de BETTI⁵⁰⁴ o comportamiento leal en las relaciones sociales⁵⁰⁵-. También es la buena fe protección de la confianza suscitada en el otro.

Sobresale, en esta primera aproximación a la buena fe, su aspecto netamente ético o moral. Su acepción como regla de conducta pone al descubierto el fundamento ético en el que

⁴⁹⁹MENEZES CORDEIRO, A.M.R., *Da boa fé no Direito civil*, Coimbra, Ed. Almedina, 1984, vol.1º, p.18.

⁵⁰⁰El principio *honeste vivere* "como principio prejurídico de vida social, es aquel modo de vida propio de los hombres justos". Su relación con la buena fe es inevitable: "*Fides* y *honestas* son conceptos tan compenetrados que pueden emplearse como sinónimos, si bien la *fides* se refiere más restringidamente al cumplimiento de la palabra, y la *honestas* añade una noción de la honorabilidad que tal mantenimiento consigue socialmente para quien se comprometió a algo y se atuvo manifiestamente a ello". SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Los principios clásicos del Derecho*, Madrid, Unión Ed., 1975, pp.172 y 193.

⁵⁰¹VON THUR, A., "La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual", *R.D.P.*, 1925, p.337.

⁵⁰²Cfr. ROMANO, S., voz "Buona fede (Dir.priv.)", en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Ed. Giuffrè, 1952, T..., p.681.

⁵⁰³DÍEZ-PICAZO, L., Prólogo a la obra de WIEACKER, *El principio de la buena fe*, trad. J.L. Carro, 2ªed., Madrid, Ed. Civitas, 1982, p.13.

⁵⁰⁴BETTI, E., *Teoria general de las obligaciones*, op.cit., T.I, p.102.

⁵⁰⁵Cfr. CATANNEO, G., "Buona fede obbiettiva...", op.cit, p.629.

radica la buena fe y que reconoce la propia Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 de Reforma del Título Preliminar confirma lo anunciado: "ha parecido pertinente enunciarlo [al principio de buena fe] como postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico"⁵⁰⁶.

Pero no podemos desterrar otro valor de la buena fe, ya apuntado: su significación de ignorancia, de creencia, de error excusable, de estado psicológico, de honradez. En fin, "de creencia, nacida del error excusable, de que la conducta no va en contra del Derecho"⁵⁰⁷.

Una y otra perspectiva, la ética y la psicológica, han estado siempre en la mente de los estudiosos del tema -recuérdese la conocida disputa entre WATCHER y BRUNS⁵⁰⁸- y han cristalizado en las dos vertientes o caras del concepto: la buena fe objetiva y la subjetiva, las cuales se suelen vincular al Derecho de obligaciones y a la posesión, respectivamente.

La diferencia entre los conceptos objetivo y subjetivo de la buena fe no ha sido óbice para que cierto sector doctrinal propugne una visión única del concepto de la buena fe. HERNÁNDEZ GIL en su artículo "La concepción ética y unitaria de la buena fe" pretende justificar el significado unitario de la misma en un doble plano: "en el de la consideración

⁵⁰⁶Esto no determina tampoco la confusión entre las categorías de moral y buena fe, aunque sus perfiles no sean demasiado nítidos. Al respecto CATTANEO ("Buona fede obbiettiva...", op.cit., p.630) señala que la buena fe asume naturalmente una función más reducida de aquella que se atribuye por quienes la observan como una cláusula general con reenvío directo a los fundamentos ético-sociales de todo orden. HUECK (cit. por BIANCA, M.C., "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", *Riv.Dir.Civ.*, 1983-I, p.206) distingue el principio de las buenas costumbres, aplicable a todas las relaciones jurídicas, el cual se traduce en prescripciones de carácter negativo, del de la buena fe que presupone una relación concreta entre sujetos determinados y exige un comportamiento positivo.

⁵⁰⁷HERNÁNDEZ GIL, A., "La concepción ética y unitaria...", op.cit., p.560.

⁵⁰⁸Sin acudir a las fuentes directas puede consultarse, GÓMEZ ACEBO, F., "La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código civil", *R.D.P.*, 1952, p.106 y ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Observaciones en torno a la buena fe", en AA.VV., *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, p.499 y ss.

lógico-formal del concepto y en el de su consideración lógico-material". Desde la última perspectiva, la unidad entre la buena fe subjetiva y objetiva se fundamenta en que la buena fe siempre actúa como pauta del comportamiento procedente de la moral social" (de aquí que la concepción unitaria sea además concepción ética). Desde el orden lógico-formal, la cuestión se torna complicada ya que la buena fe objetiva suele actuar como norma, normatividad que está ausente en la subjetiva⁵⁰⁹.

Precisamente la diferencia entre la buena fe subjetiva y objetiva en el plano lógico-formal impide para MIQUEL la defensa de una concepción unitaria⁵¹⁰: la buena fe objetiva es criterio valorativo que contribuirá a construir normas nuevas mientras que la buena fe subjetiva es parte de los supuestos de hecho de las normas y en ellos la buena fe no está definida⁵¹¹.

Sin embargo, HERNÁNDEZ GIL cree que en ambos casos no se está ante "un concepto distinto en el que falte la nota general conformadora y ordenadora". Y ello porque "o la buena fe es criterio ordenador o se está negando a sí misma"⁵¹². De esto se colige la conclusión unitaria del autor y se pone de relieve la conexión entre ambas: "Lo rechazado es que pueda haber una buena fe desprovista de un criterio regulador. Para apreciar si una persona actúa de buena fe hay que analizar tanto las motivaciones [subjetivas] como las exteriorizaciones [objetivas] de su comportamiento; pero a tal fin es preciso que tenga encaje en el modelo de conducta que en el plano de las estimaciones ético-sociales asumidas por el Derecho sea calificable como tal. O lo que es igual: que la buena fe no se autodetermina a sí misma. La honradez personal se da en la medida en que se atenga a las reglas de la moral

⁵⁰⁹HERNÁNDEZ GIL, A., "La concepción ética y unitaria...", op.cit., p.556.

⁵¹⁰Concepción que denomina "bien intencionada pero condenada de antemano a la cruz de todo principio general: premanecer en las alturas de la vaguedad y de la abstracción, en un plano pobre en información, que aporta sólo elementos unificadores pero no los desarrollos necesarios para la aplicación fundada del principio" (MIQUEL, J.M., "Observaciones en torno a la buena fe", op.cit., p.498.).

⁵¹¹Cfr. MIQUEL, J.M., "Comentario al art.7", op.cit., p.41.

⁵¹²HERNÁNDEZ GIL, A., "La concepción ética y unitaria...", op.cit., p.562.

social⁵¹³.

6.2. La buena fe como límite a la autonomía privada y las cláusulas contractuales contrarias a la buena fe

El estudio de la buena fe como límite a la autonomía privada debe partir de la noción de buena fe objetiva. La buena fe como límite a la libertad contractual ha de estar necesariamente objetivada, ha de ser regla o estado de conducta y no de conocimiento⁵¹⁴. Y ello porque en el ejercicio de la autonomía privada es patente la interindividualidad, la alteridad. Pero que la buena fe haya de ser objetiva no determina que ésta se imponga a las partes como un límite preestablecido, sino que funciona como una cláusula general que exige comportamientos diversos, activos u omisivos, en relación a las concretas circunstancias de la hipótesis particular en la que se aplique⁵¹⁵.

Así las cosas, las partes en el ejercicio del poder de autonomía deben obrar con lealtad y honradez, evitando que su actuar contraría aquella conducta social estimada como paradigmática. Su comportamiento ha de enmarcarse dentro de lo que se supone honesto en el proceder contractual, que, a grandes rasgos, pudiera resumirse en el respeto a la palabra dada y la protección de las expectativas suscitadas recíprocamente⁵¹⁶. En palabras de la STS 22 de marzo de 1994, los contratantes deben "dar al contrato cumplida y debida efectividad

⁵¹³HERNÁNDEZ GIL, A., "La concepción ética y unitaria...", op.cit., p.566.

⁵¹⁴Cfr. STS 12 de julio de 1996 (A.5581).

⁵¹⁵Cfr. BIANCA, C.M., "La nozione di buona fede", en AA.VV., *Lecture di Diritto civile (raccolte da G. Alpa e P. Zatti)*, Padova, Ed. Cedam, 1990, p.510. Notorio es este particular en algunos pronunciamientos de los Tribunales. Por ejemplo, la SAP de Pontevedra de 12 de abril de 1996 (A.784) al enjuiciar una cláusula en un contrato de leasing por la cual el arrendador estaba facultado, ante el impago de dos cuotas, a exigir de inmediato el abono de todos los pedimentos de vencimiento y el importe de los vencidos con los intereses de demora, hace depender su contrariedad con la buena fe del momento en que dicha cláusula vaya a desplegar sus efectos; así, si la cláusula se impusiese en un momento terminal del contrato no sería nula, pero si ésta se quisiese oponer por el arrendador en un momento temprano sería contraria a la buena fe porque resultaría ciertamente excesiva y desproporcionada.

⁵¹⁶RESCIGNO, P., *Manuale di Diritto privato italiano*, Napoli, Ed. Eugenio Jovene, 1977, p.647.

para la realización del fin propuesto, lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales de los interesados"⁵¹⁷.

La exigencia de la buena fe en el ejercicio de los poderes jurídicos y, en concreto en el ejercicio de la autonomía privada, pone de relieve la operatividad de este principio como límite positivo de la libertad contractual, en tanto que vincula a las partes a proceder de acuerdo con una conducta jurídicamente correcta, imponiendo al que ejercita el poder de autonormarse un determinado comportamiento considerado leal y honrado que debe presidir las relaciones jurídicas.

La necesaria, a nuestro entender, configuración de la buena fe como límite positivo de la autonomía privada -como dice BETTI, la buena fe impone obligaciones de carácter positivo⁵¹⁸- ha sido negada tajantemente por FERRI, quien no concibe sino limitaciones negativas a la libertad contractual. El autor italiano no rechaza la incidencia de la buena fe en la actividad negocial -sería ciertamente forzado a la vista del art.1337 del C.c. italiano que impone a las partes el deber de comportarse de buena fe en la formación del contrato- pero desmiente que la buena fe imponga un comportamiento positivo en dicha actividad o se traduzca en "un deber de los contratantes de perseguir fines buenos, fines morales"⁵¹⁹. Antes bien, señala que "la buena fe en los tratos no significa voluntad buena, persecución de finalidades éticas en la conclusión del contrato y por consiguiente en la configuración de las cláusulas, sino más bien ausencia de engaño, y por consiguiente, una vez más, tutela de la libertad contractual"⁵²⁰.

Aun siendo la buena fe regla de conducta con contenido positivo, resulta ciertamente difícil proceder a su delimitación averiguando cuándo las partes se comportan de acuerdo con

⁵¹⁷STS 22 de marzo de 1994 (A.2564). En el mismo sentido, STS 11 de diciembre de 1987 (A.9422) y STS 9 de octubre de 1993 (A.8714).

⁵¹⁸Cfr. BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*, op.cit., T.I, p.73.

⁵¹⁹FERRI, L., *La autonomía privada*, op.cit., p.415.

⁵²⁰FERRI, L., *La autonomía privada*, op.cit., p.416.

la buena fe. Más sencillo parece proceder de la forma contraria e intentar definir cuándo se vulnera la buena fe contractual en el ejercicio de la autonomía privada, cuándo, en definitiva, los pactos, cláusulas o condiciones puestas por las partes son nulos por la contravención del límite de la buena fe. De la reciente jurisprudencia española se pueden extraer algunos tipos paradigmáticos de cláusulas prohibidas por la buena fe; tipos que servirán como módulos para valorar la contradicción de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad con la buena fe. Estos son:

a) Cláusulas que implican una ocultación de datos relevantes entre contratantes o que se constituyen como cláusulas oscuras o poco definidas. Y ello porque, como señala la STS 8 de junio de 1994⁵²¹, "la buena fe contractual impone [en este caso a los vendedores] ser veraces en la aportación de las realidades concurrentes en las cosas o bienes que se transmiten", extremo que está directamente relacionado con el deber de información que se configura como deber precontractual impuesto por la buena fe.

Desde esta perspectiva, considera la STS 21 de junio de 1994⁵²² como contrarias a la buena fe ciertas cláusulas pertenecientes a un contrato de seguro en las que el asegurado delimitaba la cobertura del riesgo de forma oscura y poco precisa; la SAP de Granada de 24 de febrero de 1992⁵²³ estima que se ha vulnerado la buena fe por una cláusula de un contrato de préstamo por el que se retienen ciertas cantidades en concepto de "pago de gastos que ocasione el contrato", ya que en ella "no se ha especificado en qué concepto se retienen, optando la entidad crediticia por una redacción excesivamente general que atenta contra la buena fe"; por último, la SAP de Asturias de 14 de enero de 1994⁵²⁴ incide en la ocultación de algunas condiciones para considerar contraria a la buena fe, y por tanto nula, una cláusula de un contrato de cuenta corriente.

⁵²¹ A.4905.

⁵²² A.4967.

⁵²³ A.289.

⁵²⁴ A.84.

b) Cláusulas inusuales, irracionales, imprevisibles o sorprendentes⁵²⁵. Es digna de mención, entre este grupo, la SAP de Palma de Mallorca de 10 de junio de 1991⁵²⁶ -cuyo ponente es CAVANILLAS MÚGICA- que sustenta la nulidad de una cláusula en la que se prorroga tácitamente un contrato salvo que se denuncie expresamente con una antelación de 90 días en la vulneración de la buena fe: "el criterio de la buena fe veta, entre otras cosas, la inclusión de lo que la doctrina alemana denomina "cláusula sorpresa", es decir, aquellas estipulaciones inesperadas que la somera y poco informada lectura de las condiciones generales por el consumidor no desvela. Y debe tildarse de inesperada, sorprendente, y por tanto, contraria a la buena fe la estipulación no sólo de que el mero silencio tiene carácter positivo sino, sobre todo, de que dicho silencio ha de romperse con un plazo de preaviso de tres meses".

Asimismo, la condición de racional y previsible fue el argumento de la SAP de Madrid de 9 de octubre de 1993 para negar la vulneración de la buena fe por una cláusula de un contrato de seguro que excluía la cobertura del daño en caso de conducción en estado de embriaguez. Esta cláusula no es contraria a la buena fe, dice el Tribunal, en tanto "nunca pudo sorprenderle al demandado porque es unánimemente conocida y socialmente consentida". En términos parecidos, excluye la SAP de Zaragoza de 5 de abril de 1991 la contravención de la buena fe de una cláusula de revisión de precios porque "es usual en este tipo de contratos".

Desde estos dos grupos analizados, la buena fe adquiere una dimensión tímidamente apuntada al hablar de su significado: la protección de la confianza suscitada en el otro (en este caso en el contratante). Tanto en el primero (cláusulas que impliquen ocultación de datos o que sean oscuras) como en el segundo (cláusulas irracionales o sorprendentes) el recurso a la buena fe como límite a la autonomía privada entra en juego para proteger al contratante

⁵²⁵Sobre las cláusulas sorprendentes y su control en Derecho alemán, vid. ALFARO, *Las condiciones generales...*, op.cit., p.241 y ss. Son cláusulas que destacan no tanto por su contenido ilícito sino "por el efecto que producen en el cliente al ser puestas en conexión con todas las circunstancias que rodean la celebración del contrato" (Ibidem, p.258).

⁵²⁶R.G.D., 1992, pp.698-699.

que ve lesionada o menoscabada la confianza depositada en el contenido del contrato a causa de cláusulas insólitas o poco frecuentes o ciertamente oscuras.

Quizás pueda ser ésta la auténtica dimensión o función de la buena fe como límite a la autonomía privada, porque de este modo no se solaparía con la moral social (aunque en ella siga permaneciendo su fundamento) ni con otros límites que tienen más que ver con los elementos del negocio jurídico o con otros principios de justicia conmutativa (como el de justo equilibrio de las contraprestaciones).

c) Cláusulas excesivamente onerosas o perjudiciales para una de las partes. Este tercer grupo de cláusulas contrarias a la buena fe está directamente relacionado con el concepto de cláusulas abusivas del artículo 10.1c)3º de la LCU, y por tanto el expediente de la buena fe va unido en estos supuestos al del justo equilibrio en las contraprestaciones, confundiéndose con él en las resoluciones.

Este tercer grupo está compuesto por un gran contingente de cláusulas, muchas de ellas pertenecientes a condiciones generales, que conducen a una desproporción considerable entre las prestaciones de las partes (SAP de Cantabria de 20 de febrero de 1996⁵²⁷); que suponen un beneficio para una parte sin la correlativa utilidad para la otra (SAP de Navarra 17 de octubre de 1994⁵²⁸); que implican una renuncia por parte del consumidor sin ventaja alguna (SAP de Guadalajara 22 de octubre de 1996⁵²⁹); o que, en definitiva, conllevan una carga especial para alguno de los contratantes (SAP de Baleares de 1 de octubre de 1996⁵³⁰).

⁵²⁷A.350.

⁵²⁸A.1736.

⁵²⁹A.1872.

⁵³⁰A.1938. Se dilucida, en esta sentencia, la validez de las frecuentes cláusulas de duración mínima del contrato de mantenimiento de los ascensores -en este caso de cinco años-. La Audiencia declara estas cláusulas como contrarias a la buena fe en tanto impide al usuario acudir a una oferta más favorable que pueda surgir en el mercado, debiendo satisfacer en caso contrario el 50% del importe de mantenimiento pendiente desde la resolución unilateral hasta la fecha del vencimiento. En

7. LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA PRIVADA

Si bien el principio de la buena fe, en virtud de su carácter informador del ordenamiento jurídico, no encuentra obstáculo para constituirse en límite general a la actuación de los particulares, la doctrina del abuso del derecho no corre la misma suerte y se ve encasillada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, al ejercicio de los derechos subjetivos⁵³¹.

El tenor literal del artículo 7.2 C.c. favorece en buena medida esta interpretación, al prescribir que *"La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del mismo"*.

el mismo sentido, SAP de Madrid 3 de enero de 1993 (A.94), la cual añade al argumento anterior la contravención por estas cláusulas del principio de libre competencia.

⁵³¹En nuestra doctrina, algunos autores convienen en la posibilidad de extender la doctrina del abuso del derecho a otras categorías distintas a los derechos subjetivos en sentido estricto. Así CASTÁN VÁZQUEZ ("El abuso del derecho en el nuevo Título preliminar del Código civil", en *El Título preliminar del Código civil*, Madrid, Academia Matritense del Notariado, Ed. Revista de Derecho Privado, 1977, vol.1º, p.515) siguiendo a ENNECERUS habla de "derechos de toda clase y, por regla general, incluso a aquéllos que se basan en otras leyes, que no son el Código civil", RIVERO HERNÁNDEZ ("El ejercicio de los derechos", en LACRUZ, J.L. y otros, *Elementos...*, op.cit., T.I-3º, 1990 p.126) extiende la aplicación a las facultades, posición que parece secundar DE ANGEL YAGÜEZ ("Comentario al art.7", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, T.I, p.67). GETE-ALONSO CALERA ("Comentario al art.7", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op.cit., T.I-1º, 1992, p.909) va más allá al hablar de "derecho subjetivo o situación de poder jurídicamente reconocida". Se manifiesta en contra de tal extensión MARTÍN BERNAL, J.M., *El abuso del derecho*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1982, p.245: "ha de referirse necesariamente a un derecho que esté expresamente definido por el ordenamiento. Creemos que no puede estarse en presencia de la figura del abuso del Derecho ni de su ejercicio antisocial ante determinadas facultades integradas en el ámbito y en la esfera de los derechos de la personalidad, como sucede en el caso de la libertad simplemente, si no va referida a una libertad de expresión o de desplazamiento... esto es concretadas sus manifestaciones por hallarse con anterioridad expresamente reconocidas por el Derecho positivo y atribuidas a un determinado titular".

Sin embargo, creemos que a pesar de las voces cautelosas que advierten del *abuso del abuso del derecho*⁵³², no resultaría contradictorio con el espíritu de la norma extender su ámbito de aplicación al ejercicio de los poderes jurídicos en general, y más concretamente, al ejercicio de la autonomía privada. Como ha señalado LEVI, el abuso no puede sólo hacer referencia a los derechos, sino también a las libertades que tampoco se reducen a la esfera contractual sino que van más allá⁵³³.

Si bien el precedente más directo de la categoría del abuso del derecho se remonta a los actos de emulación del Derecho romano y justinianeo, puede afirmarse con RESCIGNO que la actual noción de abuso del derecho nace en el ámbito del ordenamiento liberal en la sociedad del pasado siglo. Y en la evolución del sistema capitalista, el problema del abuso del derecho se relacionó sobre todo con el ejercicio de las libertades individuales y colectivas en el marco de las relaciones económicas; aquél comienza a germinar en torno a las manifestaciones típicas de la economía capitalista, manifestaciones que parecían destinadas a huir de las sanciones legales⁵³⁴ (competencia desleal entre empresarios, contratos de monopolio, etc.). Se introduce, de esta forma, en el ámbito de la Europa continental la expresa prohibición del abuso del derecho, aunque no tanto por la especial sensibilidad social sino porque se advertía la oportunidad de poner en manos del juez un medio para corregir al menos las más estridentes separaciones del sistema⁵³⁵.

⁵³²Cfr. LASARTE, C., Principios de Derecho Civil. vol.1º, p.171; CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., "El abuso del derecho en el nuevo...", op.cit., p.,. También la jurisprudencia ha incidido en el carácter excepcional del recurso del abuso: la STS 9 de febrero de 1983 (comentada en C.C.J.C., nº1, 1983 por A.CARRASCO PERERA) incide en este aspecto al señalar que la doctrina del abuso del derecho "habrá de ser aplicada con especial cuidado como de excepcional condición".

⁵³³Cfr. LEVI, G., *L'abuso del diritto*, Milano, Giuffrè Ed., 1993, p.65.

⁵³⁴DÍEZ-PICAZO ("El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título preliminar del Código civil y el problema de sus recíprocas relaciones", *Documentación Jurídica*, nº4, 1974, p.1331) explicaba su origen en la intención de "vetar algunos comportamientos o actividades que, sin embargo, se encontraban dentro de los límites fijados por las normas de la codificación napoleónica, es decir, dentro de los límites de la legalidad, sobre la que tanto insistió aquella codificación"

⁵³⁵Cfr. RESCIGNO, P. "L'abuso del diritto", *Riv.Dir.Civ.*, 1965-I, pp.217-220.

Es así que la inicial cuestión que se planteaba el profesor italiano acerca de la idoneidad de hablar del abuso del derecho en el ámbito de las libertades y poderes jurídicos y no sólo con respecto a los derechos subjetivos en sentido estricto, viene contestada por su investigación en sentido afirmativo. Idéntica pregunta y la misma respuesta obtiene LEVI en el análisis histórico-comparativo de la figura a examen. Este último concluye con la precisa caracterización del abuso del derecho en el derecho romano-justiniano y con la ductilidad del instituto a partir de la sociedad industrial; a partir de aquí se torna en instrumento para controlar al individuo en el ejercicio de sus derechos y de sus facultades y de sus poderes⁵³⁶. *"L'abuso, cioè, è stato, infatti, lo strumento che ha consentito una progressiva erosione del principio, su cui sono stati costruiti gli ordinamenti borghesi, dell'assoluta discrezionalità e della immunità da ogni forma di controllo compiuta in nome della libertà e della autonomia privata"*⁵³⁷.

El abuso del derecho es, actualmente, "instrumento para corregir los excesos"⁵³⁸, se constituye en arma para evitar las extralimitaciones o anormalidades en el uso del poder que en virtud de la ley ostentan los particulares, poder que puede venir concretado en un derecho subjetivo, pero que no tiene por qué limitarse a él. Como bien explica RESCIGNO, si el ejercicio del derecho se cumple a través de un negocio jurídico, es decir, a través de un acto de autonomía, es evidente que no se puede limitar el campo del abuso a los meros derechos y excluir de él a la libertad, que controla la creación de nuevas situaciones⁵³⁹.

La doctrina del abuso del derecho afecta al aspecto dinámico de los derechos subjetivos, o, en otras palabras, a su ejercicio, al ejercicio del poder que se concreta formalmente en el derecho. Por ello, porque ataca a la vertiente funcional o dinámica, al modo en que son ejercitados en cuanto poder que representan, porque pretende evitar

⁵³⁶Cfr. LEVI, G., *L'abuso del diritto*, op.cit., p.36.

⁵³⁷LEVI, G., *L'abuso del diritto*, op.cit., p.37.

⁵³⁸RUIZ VADILLO, E., "Comentarios a la Ley de bases para la modificación del Título preliminar del Código civil", *R.G.D.*, n°345.6, 1973.

⁵³⁹Cfr. RESCIGNO, P., *"L'abuso del diritto"*, op.cit., p.234.

irregularidades en el ejercicio de este poder, en cuanto que pueda ser lesivo para un tercero, esta doctrina puede ser aplicable a otros poderes jurídicos, y, en concreto a la autonomía privada. Así las cosas, el ejercicio de los poderes jurídicos debe ser contemporizado con la confianza suscitada por tal ejercicio o por la comunidad de intereses que concurren en aquél, constituyéndose en límites al ejercicio de los poderes⁵⁴⁰.

Es desde esta perspectiva funcional, desde el criterio de la función, desde donde S. ROMANO⁵⁴¹ encuentra aceptable la extensión del concepto de abuso del derecho a otras hipótesis de las formuladas en el artículo 833 del *Codice civile* -limitado al derecho de propiedad-. El criterio de la función, aquél que implica la necesaria correspondencia entre el poder de autonomía conferido al sujeto y el acto de ejercicio de poder, es, como advierte ROMANO más perceptible en la autonomía considerada como funcional, esto es, en aquellos poderes que han de ejercitarse en función de la procura de intereses determinados (vgr. la autonomía pública y en la autonomía privada en la relaciones familiares) pero también debe hallarse, tal criterio, en la autonomía privada, en cuanto autonomía libre, sólo que esta funcionalidad debe estar concebida en la vinculación del acto con los límites del mismo poder del que el acto emana. Así, al juicio del autor italiano, es perfectamente factible hablar del abuso en la función instrumental del negocio en la simulación -hipótesis planteada por BETTI- y también de abuso en el poder de creación de negocios jurídicos.

Con estas palabras de S. ROMANO, que ensanchan el ámbito de operatividad de la doctrina del abuso a los poderes jurídicos en general, no queremos, porque tampoco era la intención del propio autor, poner en tela de juicio la concepción de la autonomía privada como poder libre -como libertad jurídica-, desligado del concepto de poder-función, tal y como señalaba FERRI⁵⁴², ni pretendemos proponer la absurda noción de la función social

⁵⁴⁰LEVI, G., *L'abuso del diritto*, op.cit., p.65.

⁵⁴¹ROMANO, S., voz "Abuso del diritto (Diritto attuale)", en *Enciclopedia del Diritto*, T.I, Milano, Giuffré Ed., 1958, pp.167-168.

⁵⁴²FERRI (*La autonomia privata*, op.cit., p.11) nos dice que "la autonomía privada no es un poder al que corresponda una función. El Estado no ha indicado fines, ni propuesto intereses en los que este poder deba servir; se ha limitado a señalarle fronteras externas, esto es, límites negativos".

de la autonomía privada. Pero el ejercicio del poder jurídico que representa en la autonomía privada en sentido amplio del que constituyen manifestaciones, como señalaba DE CASTRO, la autonomía privada en sentido estricto y los derechos subjetivos⁵⁴³, ha de ser limitado desde el criterio de la función. Porque si bien es cierto que el ordenamiento jurídico no impone la consecución de finalidades concretas a los particulares en la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas, o lo que es lo mismo no se puede hablar de que el ejercicio de la autonomía privada esté preordenado al cumplimiento de una función, no se puede negar la existencia de una finalidad o función en la propia institución jurídica, que no es sino el fin que se ha propuesto el legislador al conceder el poder a los privados el poder para autorregular sus intereses⁵⁴⁴. Y desde esta perspectiva, tampoco se puede negar que

Esta concepción liberal de la autonomía privada le hace rechazar la aplicación de la doctrina del abuso del derecho en este ámbito ("La prohibición del artículo 833 [la prohibición del abuso del derecho] no puede ser un límite a la autonomía privada", *ibidem*, p.412). No obstante esta postura trae causa en este autor de la propia concepción en torno a la doctrina del abuso del derecho, que considera casi una *contradictio in terminis* (aunque no tanto en el concepto rectamente entendido como en la noción del abuso del derecho en la cual el acto abusivo sea condenado por el mismo derecho). En su opinión, además, "no puede estimarse que exista en nuestro derecho privado una prohibición del abuso del derecho subjetivo [...] El art.833 no prohíbe en general el ejercicio abusivo del derecho de propiedad sino que ataca solamente a una particularísima forma de abuso". Pero al tiempo hace estas declaraciones considera, al contrario que Salvatore Romano, que aún así "la prohibición del art.833 se refiere exclusivamente a aquellas formas de ejercicio de derecho de propiedad que se concretan en actos de mero goce y no en actos de disposición, es decir, en negocios jurídicos" (*Ibidem*, p.412).

⁵⁴³Cfr. DE CASTRO, F., "El ejercicio de los derechos", *op.cit.*, p.135.

⁵⁴⁴El límite que supone el abuso del derecho en cuanto negar las conductas que supongan el ejercicio antisocial del mismo, tal y como señala el art.7.2 C.c., no implica considerar a los derechos a los que se aplique como derechos-función, en otras palabras, no determina que mediante este expediente se aplique para perseguir finalidades en el ejercicio de los derechos (por lo tanto tampoco para perseguir alguna finalidad en la autonomía privada). Así lo plantean numerosos autores que han tratado el tema del abuso en el derecho de propiedad -su paradigmático ámbito de aplicación- y que han definido la denominada función social de la propiedad privada. Como explica COLINA GAREA (*La función social de la propiedad privada*, Barcelona, Ed. Bosch, 1997, p.179 y ss.), "pese a estar subordinada en su ejercicio al cumplimiento de las exigencias derivadas de la función social, la propiedad privada sigue siendo reconocida y garantizada por la Constitución de 1978 como un poder que se atribuye al individuo en cuanto tal, para la satisfacción de sus intereses personales". La función social de la propiedad privada no ha convertido a ésta en un poder-función ni en un derecho potestativo: el titular dominical no ha de perseguir intereses colectivos o ajenos al ejercitar su derecho de propiedad. Lo único que acontece es que la función social modaliza o restringe sus facultades (Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., "La propiedad privada y la función social en la Constitución", *Poder judicial*, nº14, 1989, p.17).

los particulares han de ejercitar su poder de acuerdo con la finalidad del instituto jurídico, con la función que representa, sin abusar del mismo reconduciéndolo a la persecución de finalidades no previstas por el Derecho al diseñar la autonomía privada, como por ejemplo, la actuación en perjuicio de otro o con ánimo de dañar al tercero.

Se trata, en palabras de LEVI, de asegurar mediante la doctrina del abuso del derecho el funcionamiento del sistema en el que se fundamenta la autonomía privada. Es decir, la relación entre abuso del derecho y autonomía privada tendría el objetivo de limitar la libertad contractual cuando ésta se hallase fuera de las consideradas "*regole del gioco*" en las que se debe desarrollar tal autonomía⁵⁴⁵.

En definitiva, el ámbito de aplicación del abuso del derecho se debe reconducir a al más genérico de aquellos actos unilaterales -entre ellos los de ejercicio de la autonomía privada- destinados a producir efectos en la esfera jurídica de otros; así, la fórmula y los remedios del abuso del derecho introducen, sobre la base de la tutela de la confianza de los terceros, un límite al ejercicio de la libertad⁵⁴⁶.

En ocasiones, la propia jurisprudencia ha utilizado, implícitamente, el abuso del derecho como límite a la autonomía privada. Prueba de ello es, a nuestro juicio, la STS 24 de febrero de 1959⁵⁴⁷, en la que se enjuiciaba la nulidad de una compraventa por la que se enajenaban unos bienes de los que podía disponer la vendedora por ser heredera usufructuaria de cierta herencia. En la sentencia, que considera probada la facultad de disposición de tales bienes por la vendedora, se plantea la hipótesis de un abuso de derecho

⁵⁴⁵Cfr. LEVI, G., *L'abuso del diritto*, op.cit., p.52. De este modo, considera como señales de la prohibición del abuso del derecho en el ámbito de la autonomía negocial las tendencias por parte del legislador a tutelar la "libertà di volere" y a proteger el desequilibrio de las prestaciones relacionándolo con la protección de la libertad de querer; protecciones, en ambos supuestos contra el abuso, que se puede verificar en diversos casos: en la hipótesis del contrato concluido con el incapaz natural; en la hipótesis del contrato concluido en caso de necesidad o peligro, etc. (*Ibidem*, p.54).

⁵⁴⁶Cfr. RESCIGNO, P., "L'abuso del diritto", op.cit., p.237.

⁵⁴⁷A.1080.

alegado por el demandante, heredero nudo propietario de los mismos bienes. El Tribunal Supremo, que finalmente no considera nulo el negocio porque los demás participantes en la compraventa "no tenían conocimiento del abuso de derecho en que quedaba incurso la vendedora al otorgar el contrato" y además eran terceros protegidos por el art.34 LH, habla de "abuso del derecho de disponer" y de "abuso del derecho al otorgar el contrato" por el cual se enajenaban aquellos bienes con daño y perjuicio del heredero demandante.

En la sentencia al tiempo que se considera la doctrina del abuso del derecho como límite al derecho de disposición sobre determinados bienes, se pone de relieve el aspecto limitador de la autonomía privada, ya que el Tribunal enjuicia la capacidad de la heredera para contratar en tales circunstancias. En otras palabras está subordinando el ejercicio de la libertad contractual a la doctrina del abuso del derecho (en el caso de autos, el ejercicio de la libertad contractual producía un daño en los herederos demandantes).

7.1. Requisitos para la aplicación de la doctrina del abuso del derecho

Según el artículo 7.2 C.c., y siguiendo en este punto a la doctrina mayoritaria, cuatro son los requisitos para poder hablar de abuso o antisocialidad -extremos equiparados en la norma- en el ejercicio del derecho -en nuestro caso de abuso en el ejercicio de la autonomía privada-:

1º La conducta abusiva o antisocial: *Todo acto u omisión*. La conducta, positiva o negativa, llevada a cabo por el particular ha de enmarcarse, en principio, dentro del ámbito propio del derecho o del poder respectivo. "No se trata de una conducta desarrollada fuera del marco del derecho [o poder], sino ejercitada con ocasión de su uso, del contenido del poder que se ostenta"⁵⁴⁸. Es decir, la conducta ha de respetar los límites externos fijados por la normativa legal⁵⁴⁹ -en nuestro caso, los límites del artículo 1255 C.c.-, ya que, como veremos, la extralimitación sobre la que se constituye el abuso del derecho o la antisocialidad

⁵⁴⁸GETE-ALONSO, M.C., "Comentario al art.7", op.cit., p.909.

⁵⁴⁹Cfr. MARTÍN BERNAL, J.M., *El abuso del derecho*, op.cit., p.246.

en su ejercicio se refiere a los límites normales, que no son los legales.

Sea omisiva o activa, la conducta abusiva "alcanza tanto a actos materiales como a una actividad estrictamente jurídica"⁵⁵⁰.

2º La forma de actuación: *sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho*. Que la conducta haya de sobrepasar los límites normales implica que el ejercicio del derecho o del poder jurídico se califique como anormal. Surge, como señala RIVERO⁵⁵¹, la "anormalidad en el ejercicio" como un nuevo estándar jurídico para la valoración de las conductas⁵⁵².

La averiguación de qué es ejercicio anormal ha de partir de un presupuesto seguro: ejercicio normal no es lo mismo que ejercicio legal. Como apuntamos antes, los límites normales no son los límites legales⁵⁵³. Precisamente desde esta óptica tiene sentido la contemplación de la doctrina del abuso del derecho como límite ulterior al ejercicio de la autonomía privada, porque sitúa una frontera más allá de los límites propios a este poder, consagrados en el artículo 1255 C.c.

Así las cosas, la cuestión no pasa simplemente por "averiguar la voluntad del legislador al estructurar el derecho [o el poder] sino de ver cómo la gente estima que deben ejercitarse y hasta dónde pueden llegar en la práctica en cada época las facultades concedidas

⁵⁵⁰GETE-ALONSO, M.C., "Comentario al art.7", op.cit., p.910.

⁵⁵¹RIVERO HERNÁNDEZ, F., "El ejercicio de los derechos", op.cit., p.123.

⁵⁵²Al respecto, señala DÍEZ-PICAZO ("El abuso del derecho y el fraude a la ley...", op.cit., p.1332) que "del criterio de la normalidad cabe decir sólo que constituye un tipo abierto, que da lugar a un ejercicio, en él buena medida tendrá que ser arbitrario y cuyo contenido sólo podrá ir llenando paulatinamente la jurisprudencia".

⁵⁵³Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., "El ejercicio de los derechos", op.cit., p.124; GETE ALONSO, M.C., "Comentario al art.7", op.cit., p.919; DE ANGEL YAGÜEZ, R., "Comentario al art.7", op.cit., p.67.

por la ley"⁵⁵⁴.

No sólo es necesario el ejercicio anormal o irregular del poder sino además que la anormalidad sea manifiesta, sea notoria. Así, el ejercicio ha de ser ostensible, "de tal modo que no haya lugar a dudas acerca de su producción"⁵⁵⁵. Y ello en lógica coherencia con el carácter excepcional de la figura del abuso del derecho y de la presunción de que los derechos se ejercitan normalmente.

3º Facetas por las que se puede producir la antisocialidad o disfunción: *por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice*. El artículo 7.2. atiende a estos tres criterios para calificar como abusivo el ejercicio del poder jurídico, criterios que, como indica GETE-ALONSO, "pueden darse cumulativamente en el supuesto de hecho en el que se plantee la cuestión, pero que, concurriendo otro de los requisitos exigidos (ejercicio que sobrepase los límites normales del derecho), basta la sola presencia de uno de ellos para que se entienda que exista abuso del derecho"⁵⁵⁶.

El primero de ellos, vinculado a la romana figura de la *aemulatio*, hace referencia a la intencionalidad de la conducta abusiva, o sea, al *animus nocendi* de su autor. Éste no ejercitaría su poder jurídico con el fin de, en la hipótesis de la autonomía privada, dar reglamentación a sus intereses, sino que dirigiría su acción a producir un daño a otro sin procurar un beneficio propio.

Para dar satisfacción a este requisito, la intención de causar un daño ha de acompañar a la conducta pero no tiene porque ser el móvil primario de la actuación⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴RIVERO HERNÁNDEZ, F. "El ejercicio de los derechos", op.cit., p.124.

⁵⁵⁵GETE ALONSO, M.C., "Comentario al art.7", op.cit., p.918.

⁵⁵⁶GETE-ALONSO, M.C., "Comentario al art.7", op.cit., p.913.

⁵⁵⁷Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., "El ejercicio de los derechos", op.cit., p.125. RIVERO habla así de dos formas de intencionalidad: "cuando causar un daño es el objeto o móvil de la actuación (consilium damni), o cuando, sin ser el fin primario el perjuicio, es consciente el abutente

El objeto de la actuación se constituye en el segundo módulo caracterizador de la conducta abusiva. Se suele señalar que "objeto" significa, en este contexto, la finalidad perseguida⁵⁵⁸ con el ejercicio de ese poder jurídico, o, de forma más concreta, "la función que se le atribuye al derecho subjetivo en la que se tiene en cuenta tanto los intereses particulares como los generales"⁵⁵⁹.

En la hipótesis del ejercicio de la autonomía privada, hay que tener en cuenta, en este punto, cuál es la función del instituto para proceder a la valoración de la conducta abusiva, con arreglo al criterio del objeto. Si, como vimos, consideramos que ésta tiene sentido (porque así ha sido concebida por el legislador) en tanto autorregulación de intereses de los privados, la desviación de este fin típico conducirá a la calificación del ejercicio como extralimitado y abusivo.

Por último, también las circunstancias en las que se realice el ejercicio pueden determinar la caracterización de abusivo. Por ellas debemos entender "aquellas circunstancias que rodean o acompañan al ejercicio en relación a las personas, el tiempo, el lugar y la ocasión en la que se produce la actuación u omisión, de las cuales puede deducirse que el ejercicio es abusivo; de modo tal que si aquéllas fueran distintas la conducta recibiría una calificación diversa"⁵⁶⁰

4º El resultado de la conducta: *con daño para tercero*. Requisito ineludible para la apreciación del abuso del derecho es la concurrencia de un daño en el tercero⁵⁶¹. El daño

de que su actuación lo produce y a pesar de ello persiste en ella".

⁵⁵⁸Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., "El ejercicio de los derechos", op.cit., p.125; DE ANGEL, "Comentario al art.7", op.cit., p.68.

⁵⁵⁹GETE-ALONSO, M.C., "Comentario al art.7", op.cit., p.914.

⁵⁶⁰GETE-ALONSO, M.C., "Comentario al art.7", op.cit., p.915. También RIVERO, "El ejercicio de los derechos", op.cit., p.125 y DE ANGEL, R., "Comentario al art.7", op.cit., p.68.

⁵⁶¹En contra, Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema...*, op.cit., vol.1º, op.cit., p.460. Estos autores, a los que se suma DE ANGEL ("Comentario al art.7", op.cit., p.69), no consideran el daño como requisito necesario a la luz del art.7 -lo denominan "supuesto específico del abuso"-,

ha de entenderse como "lesión de interés no protegido por una concreta prerrogativa jurídica o que carece de otra clase de protección jurídica"⁵⁶². Pero, poniendo esta circunstancia en conexión con el significado de la ausencia de perjuicio para tercero del art.6.2 C.c., el daño debería ser también interpretado como daño a un interés jurídicamente relevante, aunque éste no sea protegido de acuerdo con otro remedio jurídico.

Pudiera suscitar alguna duda la expresión "*para tercero*" en cuanto a su determinación, sobre todo al hablar del ejercicio de la libertad contractual, ámbito en el que suele concurrir otro individuo calificado no como tercero sino como parte. ¿El daño al contratante causado como consecuencia del ejercicio abusivo de la libertad contractual por la otra parte puede ser indemnizado por la vía del art.7.2 o ha de tratarse de un daño a un tercero distinto de los contratantes?

A nuestro juicio, el daño del artículo 7.2 C.c. puede ser producido al contratante en tanto éste es ajeno al ejercicio abusivo que desarrolla quien lleva a cabo la conducta, aunque sea un ajeno cualificado por su condición de parte. En el mismo sentido, se ha pronunciado un sector doctrinal al admitir que el daño a tercero es daño "a otro", sea o no parte en la relación o situación jurídica⁵⁶³.

y hablan así de ejercicio abusivo y ejercicio abusivo con daño a tercero, como especie cualificada de abuso del derecho.

⁵⁶²RIVERO HERNÁNDEZ, F., "El ejercicio de los derechos", op.cit., p.126.

⁵⁶³Cfr. GETE-ALONSO, M.C., "Comentario al art.7", op.cit., p.923; DE ANGEL YAGÜEZ, R., "Comentario al art.7", op.cit., p.69; MARTÍN BERNAL, J.M., *El abuso del derecho*, op.cit., p.254.

Capítulo III

EXAMEN DE LOS LÍMITES LEGALES ESPECIALES

I. EN MATERIA DE CONSUMO

Tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, el principio de protección del consumidor, que ya palpitaba de alguna manera en nuestro ordenamiento jurídico mediante la cláusula del orden público de protección, se eleva a principio de carácter constitucional, de acuerdo con el artículo 51 CE, incorporándose dentro de los principios rectores de la política social y económica del Estado. Según el apartado primero de esta norma, *"Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos"*.

El principio de protección del consumidor es el responsable del endurecimiento de las condiciones de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, cuando éstas se oponen a un consumidor en las operaciones de adquisición de bienes y servicios, endurecimiento que se ha plasmado, expresamente, en ciertas leyes especiales. Es el caso de dos normas ya clásicas en materia de Derecho de los consumidores: la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, de ámbito general, y la Ley del Contrato de Seguro de 3 de octubre de 1980, restringida al sector de la actividad asegurativa.

La promulgación de la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos, de 6 de julio de 1994, nos obliga a incluir en esta sede el estudio de su artículo 14, que prohíbe expresamente todo pacto limitativo o exoneratorio de la responsabilidad regulada en la Ley, si bien efectuando antes una precisión al respecto. Y es que aunque la responsabilidad por productos defectuosos se integra tradicionalmente en el Derecho de consumo, las garantías otorgadas por la Ley de 1994 no se centran en la figura del consumidor *stricto sensu* -como

destinatario final de los bienes- sino que se amplían a la de cualquier perjudicado por aquellos productos defectuosos, con lo cual se extiende considerablemente el ámbito de protección de la Ley.

La Ley de viajes combinados de 6 de julio de 1995, última de las disposiciones legales estudiadas en esta sede, enfoca la protección del consumidor desde una perspectiva muy especial: la del consumidor en tanto turista, en tanto adquirente y usuario de viajes programados por las Agencias de Viajes. La Ley ofrece una visión jurídico-privada del sector turístico, en la que destaca la regulación del contrato de viajes combinados, en el que se prohíben las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

1. LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE 1984

Con el análisis de los límites especiales que se hallan en la Ley de 1984, penetramos en el mundo de la contratación en masa, del poder normativo de las grandes empresas y de la indefensión de los consumidores. Éstas son las principales coordenadas que propician un nuevo rumbo en el régimen general que regula el control de las cláusulas elusivas de responsabilidad.

Las limitaciones convencionales de responsabilidad fundamentan, como hemos comprobado, sus presupuestos de validez en la libertad de contratación dominante en nuestro Derecho, en definitiva, en el principio de autonomía privada. El problema surge cuando, como indica REICH⁵⁶⁴, los principios de la autonomía privada, responsabilidad, propiedad privada y libre competencia se emplean en el mercado como instrumentos de actuación y comportamiento empresariales, instrumentos que alteran de forma sustancial toda la estructura jurídica de comunicación del mercado frente al consumidor final. Se produce, así, una mutación de tales principios jurídicos que ahora son utilizados con fines diversos de los previstos por el Derecho, que no son otros que alcanzar el máximo beneficio con el menor coste, con claro perjuicio para los sujetos pasivos de este entramado: los consumidores. Además, no solamente es ésta la consecuencia de la "instrumentalización del material jurídico", sino que, de otro lado, las obligaciones o deberes jurídicos que debían asumir los profesionales, empresarios, en definitiva, los predisponentes, especialmente en materia de responsabilidad, pueden llegar a ser ampliamente suprimidos. Y como máximo exponente de esta consecuencia, las cláusulas exoneratorias de responsabilidad.

En estas condiciones de ruptura de las principales reglas de la contratación, que hasta ahora constituían realidades inmóviles e indiscutibles, es obvio que la protección que desde el Código civil se puede ofrecer no constituye una garantía suficiente. Aparece un nuevo objetivo en las políticas estatales y como correlativo, una necesaria intervención del Estado

⁵⁶⁴REICH, N., *Mercado y Derecho*, op.cit., p.160 y ss.

para corregir los desajustes provocados por, la denominada por el Profesor REICH, "instrumentalización jurídica".

En el marco concreto de la contratación, nos encontramos, entonces, ante un nuevo sistema que pretende reforzar al máximo la transparencia de las circunstancias para que los acuerdos resulten equitativos y provechosos para ambas partes, sin llegar, tampoco, a coaccionar de tal forma a los contratantes que se llegue a poner en tela de juicio la base de toda contratación: el principio de autonomía de la voluntad⁵⁶⁵. Buscar el equilibrio entre los dos extremos (libertad contractual y mínimos de protección de la parte débil),

⁵⁶⁵Al concluir sobre la influencia del principio de protección al consumidor sobre el Derecho de contratos, DOMONT-NAERT ("L'évolution du Droit des contrats au regard de la protection des consommateurs en Belgique", Ponencia presentada en el *Congreso Internacional sobre "La reforma contractual y protección de los consumidores*, Zaragoza, noviembre, 1993) realiza una acertada sinopsis sobre la realidad actual. "En un sistema de intercambios económicos cada vez más despersonalizados y estandarizados, los procedimientos tradicionales de determinación de los derechos y obligaciones de las partes son puestos a prueba. Se constata así la preocupación por "reequilibrar" las relaciones contractuales entre profesionales y consumidores que se traduce, a la vez, en un incremento de la información del consumidor tendente a revitalizar el principio de la autonomía de la voluntad y en la utilización de instrumentos urgentes que restringen su ámbito. El surgimiento de la teoría del contrato de adhesión inicia la ruptura con el principio de la autonomía privada, devenida ya ficticia. En efecto, la libertad contractual reposa sobre el postulado, disminuido en el Derecho de consumo, de que las partes libres negocian en un plano de igualdad; ello justifica la fuerza obligatoria del contrato. Aunque la teoría general del contrato se ha desarrollado en el siglo XIX sobre la base de estos principios, estas reglas no son muy adaptadas a las nuevas condiciones comerciales [...]. Es obvio que el Derecho de consumo traduce al plano jurídico la sustitución del principio de la autonomía de la voluntad de las partes por el principio de intervencionismo público. Así, el Derecho de consumo se distingue del Derecho común de contratos por el modelo colectivo que adopta, por el nuevo papel que atribuye a la información de las partes, pero, sobre todo, por tener en cuenta la nueva realidad económica y social".

Sin embargo, aunque el fenómeno del Derecho de consumo, y su consiguiente repercusión en el panorama obligacional, es de máxima actualidad, no por ello se debe olvidar que el interés por la protección de los consumidores se despertó ya desde la década de los 70, porque en estos años los países capitalistas comienzan a percibir los primeros desajustes en un mercado dominado por el postulado de máxima eficacia (en España, se promulga la Ley de prácticas restrictivas de la competencia en la cual se perfila una tenue preocupación por el consumidor). Una evolución histórica del principio de protección de los consumidores en CALAIS-AULOY, J., *Droit de la consommation*, 3ªed., París, Ed. Dallloz, 1993 y "Le Droit de la consommation, facteur d'évolution du droit de contrats: l'expérience française", ponencia presentada en el *Congreso Internacional sobre la reforma del Derecho contractual y la protección del consumidor*, Zaragoza, noviembre, 1993.

convirtiendo a los consumidores y usuarios en una especie de "poder compensador"⁵⁶⁶ del poder que ostentan los empresarios, no es tarea fácil. De todas formas, debemos constatar que, debido a la reciente generalización del fenómeno de la contratación en masa y de la más reciente concienciación del legislador en el tratamiento de estos temas, aún nos encontramos, en España, en los albores de la sistematización adecuada de la cuestión, extremo que se hace patente, en ocasiones, en tendencias hiperprotectoras del consumidor, en una obstinación, a veces exagerada, por asegurar su tutela jurídica sin guardar un necesario equilibrio, sin compensar⁵⁶⁷.

En el terreno legislativo, uno de los esfuerzos de más consideración en nuestro país es la promulgación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 24 de julio de 1984. Criticada tanto técnica como materialmente, y redactada con ocasión del "síndrome tóxico", constituye la principal fuente específica de Derecho positivo destinada a paliar los abusos en que puedan incurrir los empresarios frente a los consumidores y usuarios.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo LCU), surge por la necesidad de proteger integralmente al consumidor, restringiendo, asimismo, el poder de las empresas para imponer sus condiciones bajo el poder formal de la autonomía de la voluntad. Para ello se va prescindir de las reglas dispositivas en favor de las imperativas, introduciendo importantes modificaciones en relación con la conclusión y forma del contrato, su contenido y su eficacia⁵⁶⁸. Nace como una ley "aspirante a tutelar

⁵⁶⁶BROSETA PONT, M., "Aspectos generales para una introducción sobre el Derecho de los consumidores", en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, op.cit., p.83.

⁵⁶⁷Sobre este particular se pronuncia CALAIS-AULOY ("Publicidad comercial y condiciones generales de los contratos", *Estudios sobre Consumo*, nº16, 1989, p.54): "Si se quieren moralizar las condiciones generales de los contratos se deben pensar remedios originales, que sean a su vez preventivos y colectivos. Pueden seguirse dos direcciones: la primera consiste en simplemente en eliminar las cláusulas abusivas; la segunda, más ambiciosa, en elaborar condiciones equilibradas".

⁵⁶⁸Cfr. CASAS VALLÉS, R., "Defensa de los consumidores y Derecho civil", *R.J.C.*, 1992/1, p.99.

los intereses y los derechos de los usuarios de servicios en masa y de los consumidores, surgidos -tales intereses- de una sociedad cada vez más desarrollada económicamente y dispensadora de un mayor y más generalizado bienestar para todos, acreedora por ello de la satisfacción de mayores y crecientes necesidades"⁵⁶⁹.

La Ley surge, desde otra perspectiva, como desarrollo del artículo 51 de la Constitución, que plasma el deber de los poderes públicos de defender y proteger a los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces. Este artículo, como señaló A.BERCOVITZ, vino a reconocer al más alto nivel los derechos que con carácter general se considera que deben detentar los consumidores y su eficacia radica, fundamentalmente, en que su contenido se constituye en principio que ha de inspirar las nuevas leyes que se promulguen y también la actuación de Tribunales y autoridades⁵⁷⁰.

Sin embargo, tal y como reconoce la Ley en su artículo 1.1, el desarrollo del mandato constitucional del artículo 51 debe realizarse en "el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139", esto es, de la libertad de empresa (art.38), matizada por la posibilidad de reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en casos de monopolio (art.128).

⁵⁶⁹SAP Vizcaya 24 enero 1994 (A.26), F.J.3º. En el mismo sentido, SAP Valencia 17 octubre 1990.

⁵⁷⁰BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., "La protección de los consumidores en el Derecho español", *Estudios sobre Consumo*, nº1, 1984, p.68. La caracterización de este principio como informador del ordenamiento jurídico es una realidad que traducida a categorías jurídico-privadas nos conduce a la idea de principio general del Derecho y que significa que "tratándose de las relaciones entre un consumidor y un profesional, la normativa aplicable habrá de ser interpretada en el sentido más favorable a sus (razonables) intereses; de esta forma toda la normativa sobre obligaciones y contratos adquiere nuevas tonalidades, un significado cualitativamente distinto y puede llegar a tener unas virtualidades tuitivas insospechadas" (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones", *A.D.C.*, 1994). De esta doctrina se imbuje la STS 22 julio 1994 (A.6581) que señala que: "Indudablemente, la Ley 26/84 de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, es una especie de "ley marco" que tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento como previene su art.1.1º, de acuerdo con el art.53.3 de la CE, y en desarrollo de su art.51.1 y 2, y cuya regulación se extiende primordialmente al comercio interior y al régimen de autorización de los productos comerciales [...]" (F.J.3º).

El artículo 139 asienta el problemático principio de la unidad de mercado, que ha de considerarse, obviamente, en toda regulación y que ha suscitado las mayores afrentas doctrinales⁵⁷¹. Desde esta perspectiva, la tutela del consumidor sería un límite para el principio de libre mercado, y como tal tendría que actuar, compatibilizándose con las demás exigencias constitucionales.

Con el objetivo de asegurar la eficacia de sus disposiciones, la LCU ha subrayado expresamente su carácter imperativo. En este sentido, el artículo 2 en su párrafo tercero, prohíbe las renunciaciones previas a los derechos establecidos en la Ley⁵⁷².

Desde este precepto podría ya declararse la nulidad de las renunciaciones previas a uno de los derechos calificados como básicos en el apartado primero del artículo: el derecho a la "indemnización y reparación de los daños y perjuicios sufridos", y, por lo tanto, concluir con la nulidad de cualesquiera cláusula restrictiva de la responsabilidad civil frente a los consumidores. No obstante, esta conclusión habrá que precisarla a la luz del artículo 10.1c) 6º.

⁵⁷¹La polémica surgió con la promulgación por algunas Comunidades Autónomas de sus respectivos Estatutos de consumidores (entre ellos el de Galicia promulgado por Ley 12/84 de 28 de diciembre). Se cuestionó la potestad normativa de las Comunidades para legislar en este sector, por lo que se interpusieron recursos de inconstitucionalidad de tales leyes. En este sentido, vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., "La protección de los consumidores...", op.cit., p.68 y ss. y en "Comentario al artículo 1 de la LCU" en AA.VV., *Comentarios a la LGDCU*, coord. por R.BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. SALAS, Madrid, Ed. Civitas, 1992; COCA PAYERAS, M., "Comentario al art. 10.1.a)", en AA.VV., *Comentarios a la LGDCU*, op.cit., p.224.; CASAS VALLÉS, R., "Defensa de los consumidores...", op.cit., p.88 y ss.. Asimismo, vid. las sentencias del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982, 26 de enero 1989 y 22 de marzo 1991.

⁵⁷²Acerca de esta norma, vid., MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Comentario al art.2", en AA.VV., *Comentarios a la LCU*, op.cit., p.70 y ss.

1.1. El artículo 10.1 c) 6º LCU

a) Ámbito material y ámbito de aplicación del art.10.1c)6º

El ámbito material u objetivo de la norma viene especificado en el artículo 10.1:

"Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, [...]".

El artículo 10.2 en su párrafo primero, nos indica qué hemos de entender por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general:

"el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas, para aplicarlas a todos los contratos que aquella o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate".

El texto del artículo nos traslada de inmediato a la realidad de las cláusulas generales de contratación. En él se contiene una definición legal de las mismas que debe ser completada, como veremos, por los apartados a) y b) del artículo 10.1.

El fenómeno de las condiciones generales⁵⁷³, que se convierte en el paradigma contractual de la economía capitalista, está, hoy, totalmente universalizado en los negocios llevados a cabo por empresarios, porque permite reducir los costes derivados de la negociación entre las partes y, por otro lado, unifica y racionaliza la contratación, con el consiguiente ahorro de tiempo. No obstante, la utilidad no recaería, para determinados

⁵⁷³Sobre este particular nos hemos detenido ya en capítulo 1º, parte I, de este trabajo.

autores⁵⁷⁴, únicamente en el predisponente, sino que el adherente se sentiría beneficiado por esta técnica porque implica una situación de igualdad para cada uno de los contratantes con respecto a la empresa predisponente.

Centrándonos en el concepto legal de las condiciones generales de los contratos, tres son sus principales y necesarias características:

1. En primer lugar, las condiciones deben haber sido *redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o un grupo de Empresas*. Se define, de este modo, el requisito de la predisposición. Con él se quiere indicar que el autor material del catálogo de condiciones generales, la empresa o grupo de empresas, las haya elaborado con anterioridad a la fase negocial del contrato⁵⁷⁵.

Pero una interpretación literal o demasiado restrictiva de estas palabras nos conduciría al error de excluir de la norma aquellos supuestos en los que habiendo sido redactadas las condiciones por un grupo de empresas, procede a aplicarlas un empresario diferente, o, como señala GARCÍA CANTERO⁵⁷⁶, los casos en que el empresario copia de un formulario las condiciones que luego va a aplicar. Se impone, por tanto, una "interpretación teleológica correctora del tenor literal del precepto, para cobijar en él, tanto el supuesto en que redactor y utilizador de la cláusula es la misma persona, como aquél en el que tal coincidencia no se

⁵⁷⁴Así, GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 196, p.26. Un extenso catálogo de ventajas e inconvenientes, en DE CASTRO, F., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.16 y ss. (de la publicación de Civitas) y en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit., p.28 y ss. Éste último analizada su utilidad práctica y a pesar de la tesis que sostiene sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales -vid. nota 171- concluye con la plena legitimidad de las mismas, aunque no de "cualesquiera condiciones" sino de aquellas "cuyo contenido sea imprescindible para garantizar un desarrollo racionalizado de la actividad contractual de la empresa" (p.37).

⁵⁷⁵Son éstas palabras de BERLIOZ (*Contrat d'adhesion*) citadas por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.121. La expresión "redactadas" no hay que interpretarla en un sentido literal ya que, como señala ALFARO (*ibidem*, p.121), "no es necesario que las condiciones generales estén fijadas por escrito sobre un soporte material", por lo que "redactadas" debe entenderse en el sentido de *formuladas* sin que signifique necesariamente redactadas por escrito".

⁵⁷⁶GARCÍA CANTERO, G., Addenda, en CASTÁN, J., *Derecho civil...*, op. cit., T.III, p.575.

produce"⁵⁷⁷.

2. En segundo lugar, se requiere uniformidad en la aplicación de las condiciones: el predisponente ha de utilizarlas *para aplicarlas todos los contratos* que celebre. Con esta exigencia se impide, más bien, la intromisión en la categoría de condiciones generales a los contratos que han sido negociados individualmente por las partes, y no tanto se obliga al hecho de que las condiciones generales sean aplicadas a todos y cada uno de los contratos que celebre esa empresa, entendido en términos demasiado riguroso. Sin embargo, la introducción de cláusulas concretas apropiadas a las circunstancias de un negocio específico, no impide su calificación como tales.

De todos modos, se exige una cierta "habitualidad como hecho, que no queda excluida por la existencia de casos en los que no se utilicen las cláusulas (porque se prescindía totalmente de ellas o, porque, disponiendo de varios tipos o modelos se opte por otros)"⁵⁷⁸.

3. Finalmente, imperatividad⁵⁷⁹ de las condiciones generales: su *aplicación no la puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate*. La imperatividad o inevitabilidad de las condiciones generales pone de relieve la subordinación del consumidor respecto del empresario, subordinación nacida de la

⁵⁷⁷LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., "Las condiciones generales de los contratos...", op.cit., p.628. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ("Comentario a la STS 26 de mayo de 1986", C.C.J.C., nº11, 1986) interpreta más ampliamente, incluso, este requisito al señalar que "para que las condiciones generales sean consideradas como tales no es preciso que hayan sido redactadas por una de las partes. Lo que importa es que hayan sido predisuestas e impuestas por una de las partes a la otra". En el mismo sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.124.

⁵⁷⁸BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La defensa contractual del consumidor y usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en BERCOVITZ, A. y BERCOVITZ, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987, p.190.

⁵⁷⁹Algunos autores -COCA PAYERAS, M.: "Comentario del artículo 10 LCU", op.cit., p.320-estiman que lo más conveniente sería que este requisito se obviase, dados los problemas de interpretación que presenta, siguiendo el modelo del Anteproyecto de Condiciones Generales y de la AGB-G. Acerca de la problematización que presenta este requisito, vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.126 y ss.

desigualdad económica que existirá entre las partes en la mayoría de las ocasiones. El consumidor, ante esta "violencia económica"⁵⁸⁰ ha de transigir aceptando las condiciones si quiere disponer de tales bienes o servicios, y no porque sea la única oferta del mercado, sino porque si se niega y acude a otra empresa las circunstancias van a ser muy semejantes.

Es éste el significado que comúnmente se le otorga a este requisito legal, del cual no debe inducirse la exigencia de que el empresario o profesional detente una posición de monopolio en el mercado⁵⁸¹.

No se agotan aquí los requisitos precisados por el artículo 10 LCU. Haciendo gala de la tesis contractualista⁵⁸², el legislador se ha preocupado de procurar la transparencia de las circunstancias de la contratación, garantizando la aceptación de las condiciones por parte de quien se le imponen. De este modo, los apartados a) y b) del artículo 10.1 recogen los denominados "requisitos de inclusión"⁵⁸³, tras los cuales podría asomar una excepción

⁵⁸⁰NANA, G.J., *la reparation des dommages causés par les vices d'une chose*, París, Ed. L.G.D.J., 1982, p.273 cit. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La defensa contractual...", op.cit., p.191.

⁵⁸¹Cfr. DUQUE, J., "La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Estudios sobre Consumo*, nº3, 1984, p.65; ALFARO, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.130; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La defensa contractual...", op.cit., p.191; LÓPEZ SÁNCHEZ, M., "Las condiciones generales...", op.cit., p.629.

⁵⁸²Desde otra perspectiva, ALFARO (*Las condiciones generales...*, op.cit., p.192), considera precisamente la exigencia de este tipo de requisitos como algo "que no es fácil de justificar desde una concepción contractualista de las condiciones generales [...] En este sentido, desde una posición contractualista podría afirmarse que la norma del art.10.1a) LCU responde a lo que acostumbra a denominarse control de consentimiento o control de procedimiento de formación del contrato. Es más, un control de las condiciones generales coherente con su consideración como cláusulas contractuales debería apoyarse básicamente no en su control de contenido, sino en normas del tipo de las que examinamos". Parecería, sin embargo, que el autor apoya, con estas palabras, la tesis de que la exigencia de estos requisitos es la proyección de la teoría contractualista que el legislador sigue, si no fuera porque señala finalmente que el legislador pese a acoger estas exigencias les otorga "un papel muy secundario en relación con el control de contenido"(p.194).

⁵⁸³Esta expresión, habitualmente utilizada por la doctrina y jurisprudencia para hacer referencia a las letras a) y b) del artículo 10.1, encierra la posibilidad de un control previo al análisis del contenido de las condiciones generales. La vulneración de este requisito le sirvió a la Audiencia Provincial de Toledo (SAP 31 diciembre 1993 -A.661-) para declarar nula una cláusula de limitación

al principio de libertad de forma del artículo 1278 C.c., ya que parece prescribir la forma escrita⁵⁸⁴. Éstos son:

"a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Entrega, salvo renuncia del interesado, de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o, en su caso, de presupuesto debidamente explicado".

Finalmente, y una vez delimitado el concepto legal de condiciones generales de los contratos, al cual el artículo 10.1 se remite, el tenor literal de este último hace referencia al

de la responsabilidad del transportista. Sin entrar, por tanto, en el fondo del asunto, esto es, en la eficacia o ineficacia intrínseca de la limitación de responsabilidad, la Audiencia consideró que el pacto *"No se responde de roturas ni derrames por insuficiencia de embalaje. En concepto de seguro hasta una cobertura de 3.500 ptas. Se aplicará un 5% sobre el total de los portes con un mínimo de expedición de 100 ptas. (Máximo de indemnización de 225.000 ptas.)"* no superaba los requisitos de inclusión del art. 10.1 a) de la Ley porque "no puede decirse con una mínima seriedad que la cláusula que nos ocupa observe la exigencia de "claridad", entendida aquí no en el sentido de que su contenido sea comprensible por cualquier persona de mediana diligencia, sino, lo que es todavía más importante, que sea clara visualmente hablando, es decir, que el usuario se pueda percatar fácilmente de su existencia y de su contenido con un solo golpe de vista, bien porque se encuentre ubicada en un lugar preferente en el documento contractual, o bien porque, aún colocada en un ángulo del mismo, se emplee por el empresario un tipo de letra lo suficientemente grande como para poder ser vista y leída sin dificultad por un usuario medio. Estas circunstancias no concurren en la cláusula discutida, redactada con letra microscópica, de tamaño inferior a otros datos contractuales de mucha menor importancia jurídica. Por eso se tiene que concluir que la cláusula en la que se pacta una indemnización de 3.500 ptas. por kilo, en caso de extravío de la mercancía, no es válida".

⁵⁸⁴Indica BERCOVITZ ("La defensa contractual...", op.cit., p.194) que "parece evidente, tanto por razones de control como por el propio tenor literal del artículo 10.1 a), que la perfección del contrato debe tener algún reflejo documental". Al contrario, se pronuncia ALFARO (*Las condiciones generales...*, op.cit., p.147) enfatizando la irrelevancia del requisito formal de las condiciones, irrelevancia que no sólo afecta a la forma en sí (escrita u oral), sino al tipo de documento, en caso de existir (formulario, ticket, factura...), al tipo de escritura (impresas o escritas a mano) y a la extensión de las condiciones ("el objeto de control no es, en principio, el clausulado en su conjunto sino cada una de las cláusulas, por lo que también son condiciones las cláusulas sueltas incorporadas en facturas, etc.").

ámbito de utilización de las mentadas condiciones. Así, están incluidas dentro del régimen jurídico especificado en este artículo aquellas cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen *a la oferta, promoción o venta de productos o servicios*.

Aparentemente puede parecer un catálogo imperativo de los destinos de las condiciones generales, pero, si nos detenemos en la lectura de algunas de las cláusulas del artículo 10.1.c), se comprueba que la intención del legislador dista mucho de lo apuntado ya que encontramos menciones de lo más variado: contratos de compraventa (art. 10.1.c).1º), venta (10.1.c) 2º), crédito (10.1.c)4º), operación (10.1.b)), etc. Además, teniendo en cuenta el principio *pro consumatore*, que permitiría una aplicación extensiva de la norma, en beneficio del consumidor, podría señalarse que el ámbito material de las condiciones generales se ha de reconducir a todos aquellos actos que afecten al consumidor o usuario, o, como señala COCA, "a la esfera del Derecho civil patrimonial"⁵⁸⁵.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación de la norma, o ámbito subjetivo, éste viene marcado por dos parámetros. En primer lugar, se requiere que la figura del consumidor o usuario concorra en uno de los contratantes, que será, lógicamente el adherente. En segundo lugar, se precisa la existencia de un empresario, que es el que, como vimos, redacta las condiciones generales, para proceder a su aplicación. Ambas notas están expresamente plasmadas en la redacción del artículo 10.1 de la LCU. Las analizaremos por separado.

- Concepto de consumidor.

Intentar exponer una noción unitaria y válida a todos los efectos de consumidor, además de sobrepasar nuestro propósito, se muestra como una tarea infinitamente ardua y estéril.

Es muy difícil proponer un concepto de consumidor que resulte pacífico y útil en todos los ámbitos, desde el momento en que observamos que la noción no presenta un

⁵⁸⁵COCA PAYERAS, M., "Comentario del artículo 10 LCU", op.cit., p.322.

carácter unívoco. Consumidor puede identificarse, desde una perspectiva amplia, con todo ciudadano; es ésta una definición abstracta de la figura puesta de relieve ya en 1962 por el Presidente Kennedy en su "Mensaje al Congreso de los EE.UU. sobre protección de los intereses de los consumidores"⁵⁸⁶, donde manifestaba que "consumidores somos todos". Desde un plano más concreto, se ha equiparado al consumidor con el cliente económico - BERMEJO⁵⁸⁷- o se ha tratado de definir en virtud de su posición como contratante. Según esta última concepción, surge la condición de "consumidor jurídico" frente al "consumidor material".

De cualquier forma, BOURGOIGNIE⁵⁸⁸, ha destacado tres aspectos a considerar en todo intento de definición de la categoría. En primer lugar, sería conveniente concebir al consumidor desde un enfoque extensivo, porque el consumidor no es sólo un comprador sino que es también un adquirente, un usuario y, a veces, un sujeto pasivo de una relación de consumo. En segundo lugar, ha de considerarse al consumidor desde una óptica general, en cuanto que "es el usuario potencial de todos los servicios y de todos los productos". Por último, se debe tener en cuenta el carácter difuso del concepto, ya que el grupo consumidor es un grupo heterogéneo por naturaleza, heterogeneidad que aun no restándole especificidad al concepto, sí impide ofrecer una imagen única o media del consumidor.

Desde otra perspectiva, la búsqueda de una noción de consumidor resulta estéril porque la LCU, para bien o para mal, ha establecido una definición legal de consumidor, a la que debemos ceñirnos para la consecución de nuestro objetivo, que no es otro que delimitar el ámbito de aplicación del artículo 10.1.c)6°.

⁵⁸⁶Exactamente este discurso corresponde al día 19 de marzo de 1962. Como señala DE CASTRO ("Notas sobre las limitaciones...", op.cit., p.1068) se ha acudido a este Mensaje para fechar el inicio del movimiento de defensa del consumidor "que si bien no sea exacto históricamente, se explica o se justifica, además de por el valor persuasivo y lo detallado del Mensaje, por el significado ejemplar de los Estados Unidos en el mundo del capitalismo".

⁵⁸⁷BERMEJO VERA, J., "Aspectos jurídicos de la protección del consumidor", *R.A.P.*, nº87, 1978.

⁵⁸⁸BOURGOIGNIE, T., "Deslealtad y control abstracto de los abusos en las relaciones comerciante-consumidor", *Estudios sobre consumo*, nº24, 1992, p.25 y ss.

El concepto legal de consumidor, que ha suscitado muchas críticas en la doctrina⁵⁸⁹, aspira a ser una noción concreta y unitaria⁵⁹⁰ del consumidor, definida desde parámetros positivos (art.1.2) y negativos (art.1.3).

El artículo 1.2 de la LCU dice:

"A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas y jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden".

En la delimitación positiva del concepto la clave es la atribución al consumidor de la condición de *destinatario final*. Como señala A.BERCOVITZ, trata, esta expresión, "de manifestar gráficamente una idea básica para la noción de consumidor final, esto es, que adquiere los bienes y servicios para utilizarlos o consumirlos él mismo, y que, en consecuencia, esos bienes quedan detenidos dentro de su ámbito personal, familiar o doméstico, sin que vuelvan a salir al mercado"⁵⁹¹.

Esta expresión integra, asimismo, una realidad amplia de sujetos, ya que no sólo se

⁵⁸⁹Aunque ha habido también opiniones favorables. REYES LÓPEZ (*Derecho de Consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, legislación y jurisprudencia*, Valencia, Ed. General de Derecho, 1993, p.48) manifiesta que la noción legal de consumidor en la LCU "cuenta con una regulación más concisa que la figurada inicialmente en los Programas de Actuación de Política comunitaria".

⁵⁹⁰El legislador se inclinó por establecer un concepto de consumidor aplicable a todos los ámbitos de la Ley, en lugar de seguir, en este punto, el modelo alemán que arbitra tres conceptos diferentes según el sector de que se trate. Así, en el Derecho alimentario, la noción se relaciona con el consumo privado y doméstico; en el Derecho de la competencia, con el consumo final; y en el Derecho de cártels y en materia de responsabilidad del fabricante, con el cliente. BERCOVITZ, A., "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores", en BERCOVITZ, R. y BERCOVITZ, A., *Estudios jurídicos...*, op.cit., p.108.

⁵⁹¹BERCOVITZ, A., "Comentario al art. 1 de la LCU", op.cit., p.29.

refiere al adquirente (consumidor jurídico), sino que abarca al que disfruta un servicio (usuario), y, en general, a todo consumidor material, esto es, a todo el que utilicen o disfruten del bien o servicio. Así, estamos ante una protección al más alto nivel, sin discriminar aún no teniendo el *status* de adquirente, utilice o disfrute el bien o servicio en cuestión.

Si bien esto es cierto en términos generales, para acceder a las garantías que ofrece la Ley no es indiferente, en algunas ocasiones, el hecho de que el consumidor sea un consumidor jurídico o un consumidor material. Precisamente, en el ámbito contractual (y así, en el art. 10), la protección se circunscribe al adquirente, por su condición de parte contratante, y no se amplía a cualquier consumidor material.

Desde otra perspectiva, el concepto legal de consumidor sufre una extensión si lo comparamos con el ofrecido, generalmente, por la doctrina. Así, la categoría de consumidor puede ser ostentada tanto por las personas físicas como por las personas jurídicas. En este sentido, el legislador se aparta del concepto "clásico" de consumidor como persona física.

Esta ampliación del concepto ha sido criticada, no desde una óptica sustancial, sino por los problemas interpretativos que provoca al ponerse en relación con el párrafo tercero del artículo que excluye al empresario de la condición de consumidor. La vía de solución - como señala CAVANILLAS- "quizás pase por el dato de que persona jurídica y empresa no coinciden necesariamente"⁵⁹². Conclusión avalada por A.BERCOVITZ, cuando alega que sólo es imaginable la condición de persona jurídica en el consumidor en "aquéllas que, sin finalidad de lucro, transmitan a título gratuito los bienes y servicios adquiridos (como p.ej. fundaciones o asociaciones que adquieren bienes o servicios para que sean utilizados por los miembros de la entidad)"⁵⁹³.

⁵⁹²CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil...*, op.cit., p.173.

⁵⁹³BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "La protección de los consumidores...", op.cit., p.74. En el mismo sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones generales...*, op.cit., p.159), si bien señala que "como opción de política legislativa, nos parece equivocada, puesto que una de las razones fundamentales que justifican la protección del consumidor estriba en que, a diferencia de los

Negativamente, el concepto de consumidor está reflejado en el artículo 1.3. LCU:

"No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen, o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

Si el párrafo precedente, a pesar de defectos técnicos, era claro y conciso, el que ahora es objeto de estudio destaca por desafortunado, reiterativo, y confuso⁵⁹⁴.

La exclusión de los profesionales y empresarios del concepto de consumidor es fácilmente deducible de una interpretación *a contrario* del art.1.2, ya que carecen de la condición de destinatarios finales, al adquirir productos y bienes para, nuevamente, introducirlos en el mercado. Pero, puede ocurrir que el adquirente de un bien o servicio lo utilice dentro de un proceso de producción dentro del propio mercado, aun sin introducirlo directamente en él (ej. caso de maquinaria o de materias primas). En este caso, el art.1.3 advierte que esa persona no tendrá la condición de consumidor⁵⁹⁵.

empresarios, carecen de una organización que les permita "autoprotgerse", circunstancia que no concurre en los demás casos de personas jurídicas citados". Sobre la persona jurídica como consumidor, vid. también VATTIER FUENZALIDA, C., "El turismo y los contratos de adhesión", Ponencia presentada en las *I Jornadas de Derecho y Turismo*, Ávila, 11-13 noviembre, 1994.

⁵⁹⁴No obstante, como ha precisado ALFARO (*Las condiciones generales...*, op.cit., p.158) "la explicación de este precepto se encuentra en el proceso legislativo. En el Proyecto de ley la definición positiva permitía incluir en su tenor literal el "consumo empresarial" de ahí que se añadiera el párrafo tercero en el que se excluía del ámbito de aplicación de la ley a los adquirentes de bienes para integrarlos en procesos de producción".

⁵⁹⁵Es ésta la interpretación, mayoritaria, ofrecida por A. BERCOVITZ en "Comentario al art. 1 LCU", op.cit., p.30. Así la jurisprudencia vienen excluyendo de la LCU, y por tanto de los controles del art.10, las cláusulas insertas en los contratos de *leasing* (muchas de ellas abusivas), porque mediante este contrato se adquiere un bien afecto a una explotación empresarial (SAP Huesca 30 septiembre 1994, A.1372), si bien existen pronunciamientos en sentido contrario, como el contenido en la SAP La Coruña 11 abril 1994 (A.600) que declara nula la cláusula que recoge el vencimiento anticipado de las cantidades pactadas por entender que la misma *es contraria al art.10 de la LCU*.

Una lectura demasiado estricta del precepto puede sugerir negarle la consideración de consumidor a quienes adquiriendo bienes o servicios los introducen en procesos de producción de carácter doméstico o familiar. Se debe imponer, entonces, una interpretación teleológica para no llegar al absurdo de excluir de la protección de la Ley a la persona que "compre lana para hacer prendas de vestir para los familiares"⁵⁹⁶.

Algún autor ha llegado, incluso, a una interpretación mucho más amplia, alegando la posibilidad de conceputar como consumidor vgr. al mecánico que adquiere un neumático para la grúa de su taller⁵⁹⁷. En esta línea, se ha criticado la exclusión del pequeño empresario en sus relaciones con las grandes empresas por la razón de que la inferioridad y desigualdad que fundamenta la protección del consumidor se da igualmente en estos casos. Así, LÓPEZ SÁNCHEZ se ha mostrado partidario de la aplicación analógica en aquellos supuestos en que se acredite una situación de desigualdad entre las partes, aunque no concurren todos los requisitos en la persona del consumidor⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Comentario al art.1 LCU", op.cit., p.30.

⁵⁹⁷Cfr. GARCÍA AMIGO, M., "La defensa de los consumidores desde el Derecho privado", R.D.P., 1984, p.407. Un problema semejante al planteado por GARCÍA AMIGO se formula con respecto al agricultor, en el sentido de si puede o no ser considerado como consumidor. En este sentido, la SAP Valladolid 21 octubre 1994 (A.1744) declaró no aplicable la LCU en un caso de daños ocasionados en una cosecha de leguminosas por la acción de un herbicida ya que "partiendo del ámbito que para la aplicación de esta Ley -LCU- definen sus art.1.2 y 1.3, ciertamente no cabe ser aplicada a quien no sea destinatario o usuario final del producto o servicio ni a aquellos actos u operaciones en las que el adquirente del bien o servicio lo emplea o integra en un producto empresarial, comercial o industrial. y es evidente que en el caso de autos el actor, como titular de una explotación agrícola, adquirió los productos herbicidas para integrarlos en su proceso productivo a fin de obtener mayores cosechas y mejor resultado económico de los recursos invertidos" (F.J.5º). Para más información sobre el particular, vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., "Sobre la aplicación a los agricultores de la LCU", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº6-7, 1987, pág.12; VATTIER, C., "El agricultor ante la LCU", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº3-4, 1987, pág.5.

⁵⁹⁸Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., "Las condiciones...", op.cit., p.16. En semejantes términos se pronuncian GARCÍA CANTERO (en CASTÁN, J., *Derecho civil...*, op.cit., T.III, p.543) para quien "la definición legal de consumidor o usuario [...] se ofrece en términos de una razonable amplitud que no excluye a profesionales ni a empresarios con tal que reúnan el requisito de ser destinatarios finales de la prestación contemplada en el contrato", y REYES LÓPEZ (*Derecho de consumo...*, op.cit., p.49). Esta última afirma expresamente que "no se puede negar categóricamente la posibilidad de que una empresa pueda, en determinados supuestos, verse amparada por la protección que dispensa la LCU". También BOTANA GARCÍA (*Los contratos realizados fuera de*

-Concepto de empresario.

La noción de consumidor va unida inexorablemente a la de empresario. El concepto legal ofrecido por el artículo 1 de la LCU necesita de una figura, la del profesional o empresario, frente a la cual se justifica la protección de los consumidores, necesidad que está reiterada en el art. 10 en el que se menciona expresamente la figura de la Empresa o grupo de Empresas.

El concepto de Empresa, concepto económico que designa aquella entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de producción, y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios generalmente con fines lucrativos⁵⁹⁹, está exento de polémica. Tan sólo señalar, que comprende a la empresa privada como a la pública (art. 10.1 y art. 1.2) y que incluye asimismo el concepto de profesional liberal⁶⁰⁰.

los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p.64) parece incardinarse en la misma posición cuando declara que "la protección del consumidor se funda en la desigualdad entre las partes, desequilibrio que puede darse también cuando el profesional no contrata en el sector de su actividad habitual". Mas finalmente supedita esta lógica a la seguridad jurídica y concluye que "si procedemos a una asimilación sistemática de estos profesionales a la situación de los consumidores corremos el riesgo de deformar la noción misma de consumidor".

⁵⁹⁹Definición extraída del Diccionario de la Lengua Española. Podemos traer a colación -puede resultar interesante y enriquecedor exponer algún pronunciamiento del legislador, en este caso, comunitario- la definición de *comerciante* que la Directiva 85/577 de 20 de diciembre de 1985 referente a la protección de los consumidores en caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles, establece en su art.2. Así se entiende por aquél: "Toda persona física o jurídica que, al celebrar la transacción de que se trate, actúe en el marco de su actividad comercial o profesional, así como toda persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante". No obstante, aun cuando, como señala URÍA (*Derecho mercantil*, op.cit., p.34), "el empresario de hoy es el comerciante de ayer", parece que la noción de este precepto no coincide con la de empresario, y por lo tanto no sería aplicable a la LCU, siendo aquélla un concepto más reducido que no abarcaría las actividades industriales, de manufactura, transporte y bancarias, sí incluidas en la noción de empresario. En este sentido, vid. BOTANA GARCÍA, G.A., *Los contratos realizados...*, op.cit., p.68 y ss.

⁶⁰⁰Cfr. URÍA, R., *Derecho mercantil*, op.cit., p.34 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.192.

b) Alcance de la norma: nulidad de las limitaciones absolutas de responsabilidad y de las relativas a la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

El artículo 10.1 en su apartado c) establece las coordenadas por las que deben discurrir las condiciones generales de los contratos, desde una perspectiva sustancial o de contenido, esto es, establece los llamados "requisitos intrínsecos de licitud"⁶⁰¹.

"Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de los productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: [...]"⁶⁰²

c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras cosas, excluye: [...]

6º. Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a utilidad o finalidad del producto o servicio."

La estructura de la norma se compone de dos partes bien diferenciadas: una cláusula general y un listado no exhaustivo de cláusulas consideradas nulas.

La cláusula general se delimita a través de dos parámetros, la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones, que se traducen en exigencias mínimas a cumplir por las condiciones generales.

La adecuación del contrato, redactado en términos de condiciones generales, a las exigencias de la *buena fe* se dará cuando objetivamente se entienda que las prestaciones y

⁶⁰¹POLO, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, Ed. Civitas, 1990, p.102. Algunas sentencias denominan a este control, "control de contenido", que incorpora al control de inclusión "el examen de si, aun formando parte del contenido del contrato, las condiciones son abusivas y, por tanto, ineficaces" (SAP Baleares 14 julio 1994, A.1291, F.J.2º, y SAP Baleares 17 octubre 1994, A.2030).

⁶⁰²Los apartados a) ("*Concreción, claridad y sencillez en la redacción...*") y b) ("*Entrega, salvo renuncia, de recibo...*") los hemos analizado como "requisitos de inclusión".

contraprestaciones, o, lo que es lo mismo, los derechos y las obligaciones de las partes, se atengan a las "exigencias ético-jurídicas medias o típicamente razonables"⁶⁰³. Se trata, así, de la buena fe objetiva -consistente según la STS 22 de marzo 1994 (A.2564) "en dar al contrato cumplida efectividad para la realización del fin propuesto lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales de los interesados"⁶⁰⁴- analizada ya al tratar los límites generales a las cláusulas restrictivas de responsabilidad, en el capítulo anterior, al que nos remitimos.

Por su parte, el *justo equilibrio de las contraprestaciones* hace referencia a la relación entre las obligaciones y derechos de cada una de las partes en el contrato. Debe ser ésta una relación de equivalencia, traducida en la necesidad de que exista un equilibrio entre las posiciones contractuales de predisponente y adherente- entendido, como ha señalado BERCOVITZ, con referencia a la totalidad del contrato y no sólo teniendo presentes las prestaciones objeto del mismo⁶⁰⁵- o de que el poder superior del predisponente no se traduzca en una configuración de la oposición jurídica resultante de la relación contractual

⁶⁰³LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., "Las condiciones generales...", op.cit., p.643. En íntima conexión con la buena fe contractual y con especial trascendencia en el ámbito de la contratación con consumidores se proyecta el "deber de información" del empresario con respecto al consumidor, habida cuenta de que aquél es un especialista en la materia frente a éste, que suele desconocerla. El deber de información (que en realidad es un deber de naturaleza precontractual) deriva directamente del requisito de la buena fe contractual, mas en el caso que nos ocupa su fuente es legal: la LCU en su artículo 2.1d) incluye, como derecho básico del consumidor, "la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo y disfrute". Sobre este tema, vid. GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, Ed. La Ley, 1994, pp.83 y 86 y ss.; REYES LÓPEZ, M.J., *Derecho de consumo...*, op.cit., p.86 y ss. y la SAP de Sevilla de 17 julio 1993 comentada por ÁLVAREZ MORENO, M.T., "Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (comentario a la SAP de Sevilla de 17 de julio de 1993)", *R.D.P.*, julio-agosto, 1994, p.664.

⁶⁰⁴En el mismo sentido, STS 11 diciembre 1987 (A.9422) y STS 9 octubre 1992 (A.8174), entre otras.

⁶⁰⁵Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La defensa contractual del consumidor...", op.cit., p.199.

descompensada según las exigencias de la equidad⁶⁰⁶.

La ausencia de alguno de los requisitos analizados podrá fundamentar la impugnación de la cláusula y, como consecuencia, podrá conllevar la nulidad de la misma⁶⁰⁷. Sin embargo, existen casos en que dicha nulidad resulta imperativa a juicio del legislador. Estos supuestos son los que a continuación expresa el artículo en los números 1º al 9º. Se trata de una "lista negra": no es de carácter indicativo sino prescriptivo aunque no de contenido exhaustivo. Esto implica que puede haber más cláusulas que sean contrarias al principio de buena fe y justo equilibrio de contraprestaciones, pero las señaladas en el artículo 10.1 c) lo son automáticamente, por decisión del legislador.

Entre ellas topamos con el apartado 6º, ya transcrito, y dedicado a las limitaciones de responsabilidad.

- Las limitaciones absolutas de responsabilidad.

Según la primera parte de este párrafo, serán nulas las limitaciones absolutas de

⁶⁰⁶Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., "Las condiciones generales...", op.cit., p.643. Tal concepción del justo equilibrio de las contraprestaciones no es compartida por ALFARO (*Las condiciones generales...*, op.cit., p.2469) para quien, al partir de la premisa de un rechazo frontal contra cualquier intento, por pequeño que sea, de objetivizar este requisito (así, pp.141 y 142, y p.246: "debe significar algo distinto que no puede ser -por inconstitucional- equilibrio entre el valor económico de las prestaciones"), reduce el contenido de éste al respeto del equilibrio "que resulta del acuerdo individual y de todos aquellos elementos del contrato que han influido en la decisión del cliente de contratar", para después llegar a la conclusión de que esta referencia hace alusión verdaderamente a las cláusulas sorprendentes o sorpresivas (párrafo 3 AG-BG).

⁶⁰⁷Como señala la STS 4 febrero 1991 (A.7004) las exigencias de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones que prescribe la LCU para las cláusulas de las condiciones generales han de interpretarse desde la propia realidad del contrato, lo que implica que "ha de profundizarse en la interpretación de las obligaciones contraídas por éstos -los contratantes- y en el factor de hecho del incumplimiento de los compromisos y contraprestaciones de las partes, que, como es sabido, es tema valorable por los Tribunales [...]" (F.J.3º). Propone, entonces, una valoración práctica y casuística de tales requisitos, configurando así como estéril el esfuerzo orientado a la búsqueda de definiciones abstractas de tales nociones.

responsabilidad incluidas en los contratos redactados en base a condiciones generales⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸El tratamiento de las cláusulas limitativas de responsabilidad insertas en condiciones generales de contratación es similar en los países de nuestro entorno. En primer lugar es digna de mención la AGB-G alemana de 1976 (Ley de Condiciones Generales), pionera en este campo e inspiradora de la mayor parte de las leyes de condiciones generales de los países de nuestro entorno. Dedicó su parágrafo 11.7º a las cláusulas exoneratorias de responsabilidad, estableciendo que toda exclusión de la culpa grave del deudor o de sus auxiliares es nula. Tal prohibición juega en el ámbito de los contratos con consumidores, excluyéndose en los contratos interprofesionales, aunque, en la práctica, los Tribunales, guiados por la doctrina mayoritaria, suelen aplicarla también al segundo supuesto. Si bien no existen más previsiones legales sobre el particular no hay que olvidar el gran poder de control que ostenta el juez en los contratos de condiciones generales, aglutinado en el denominado *Angemessenheit-Kontrolle* (control del carácter razonable de las cláusulas). Finalmente, la jurisprudencia tiende a equiparar, en cuanto a las condiciones de validez, a las cláusulas exoneratorias y a las limitativas. Cfr. SCHMIDT-SALZER, J., "Droit allemand" en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exoneratoires...*, op.cit., p.45 y ss.; REICH, N., "Le reforme du Droit des contrats de consommation", ponencia presentada en el *Congreso Internacional de Reforma del Derecho Contractual y Protección del Consumidor*, Zaragoza, noviembre, 1993; STOLL, H., "La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione", En AA.VV., *Le condizioni generali di contratto*, a cura di M. Bianca, Milano, Giuffrè Ed., 1979, p.269 y ss.

Por su parte, el *Codice Civile* italiano en su artículo 1341 después de enfatizar la importancia del consentimiento en las condiciones generales para que sean eficaces determina que en cualquier caso no tendrán efecto "*se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità [...]*". No se establecen condiciones especiales para la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad, entendidas como tales aquellas que derogan el régimen de responsabilidad por incumplimiento, como ha establecido la jurisprudencia, aunque sí se hace hincapié en la aprobación específica de las mismas -control de consentimiento-. El ámbito de aplicación de este régimen especial es independientemente de la condición de consumidor del adherente y sólo depende de la inclusión de la cláusula en condiciones generales. (En este sentido, vid. ALPA, G., "Droit italien", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exoneratoires...*, op. cit., p. 148.; AULETTA, T.A., "Le clausole vessatorie nella giurisprudenza", en AA.VV., *Le condizioni generali di contratto*, a cura di M. Bianca, Milano, Giuffrè Ed., 1979, T.I, p.7 y ss.; AA.VV., *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, a cura di E. Césaro, Padova, Ed.Cedam, 1989, vol.I (p.193 y ss.) y vol.II (p.49 y ss.); RIZZO, V., "Condizioni generali di contratto e vessatorietà", en AA.VV., *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di E. Césaro, Padova, Ed. Cedam, 1994, p.49 y ss.). Pero, pese a la vigencia de esta norma, hay que referirse a la reciente Ley nº52 de 6 de febrero de 1996, que transpone la Directiva comunitaria 13/93/CEE, y añade al Código los artículos 1469 bis, ter, quater, quinquies y sexies, a través de los cuales se reproduce el contenido de la Directiva -sin llevar a cabo una labor de integración con el citado artículo 1341-. Esta Ley se aplica a los contratos concluidos entre consumidores y profesionales, cuyo objeto sean la cesión de bienes o la prestaciones de servicios.

En Francia, la Ley de 10 de enero de 1978 aplicable a contratos con consumidores y pensada para la lucha contra las cláusulas abusivas gira alrededor del concepto de cláusula abusiva de su artículo 35 según el cual merecerán aquella calificación aquellas estipulaciones que "*apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif*". Sin embargo, tras esta declaración no se contiene un elenco de cláusulas abusivas, como suele ser habitual, y es labor del juez, en cada caso, estimar el carácter abusivo o no de una cláusula. Además la efectiva sanción de una cláusula depende

de la existencia de una recomendación de la *Comission des clauses abusives*, creada por la Ley. En este sentido, existen numerosas recomendaciones emanadas por este órgano que inciden en el ámbito de las limitaciones convencionales de responsabilidad, pero siempre con referencia a sectores muy concretos. Así, un decreto de 24 de marzo de 1978 declara abusivas, en su artículo 2, las cláusulas exoneratorias y limitativas de la responsabilidad del vendedor en caso de incumplimiento de algunas de sus obligaciones. También se determina un régimen especial para las limitaciones de responsabilidad en los contratos de transporte de viajeros (84), contratos de transporte terrestre de mercancías, contratos de distribución de aguas, contratos de adquisición de vehículos de turismo, etc. Vid., AYNES, L., "Droit français", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exoneratoires...*, op.cit., p.15; CALAIS-AULOY, "Le droit de la consommation, facteur d'évolution du droit des contrats: l'expérience française", op.cit.; "Les clauses abusives en droit français", en AA.VV., *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, op.cit., p.113; STARCK, ROLAND, BOYER, *Obligations. Contrats*, op.cit., p.676 y ss.; VINEY, G., *La responsabilité civile: effets*, p.264 y ss. Se debe mencionar la reciente promulgación del Code de la Consommation mediante Ley nº93/949 de 26 de julio, que incorpora algunos preceptos relativos a las cláusulas abusivas art.L.132-1 y ss., L.421-6.

En el Derecho inglés, la Unfair Contract Terms Act de 1977, que entró en vigor en 1980, desarrolla con una particular referencia a la jurisprudencia de los últimos cincuenta años, un sistema de reglas con el fin de limitar abusos en la utilización, muy poco controlada debido a la trascendencia que en el derecho anglosajón se le otorga al principio *freedom of contract*, de las *exemption clauses* (cláusulas de exoneración y de limitación de la responsabilidad y otras cláusulas de indemnización). El criterio para determinar la nulidad de las limitaciones convencionales de responsabilidad es, en esta Ley, el de la carencia de razonabilidad (*test of reasonableness*) para su inserción en los contratos, dato que, dado que no se aclara legalmente, debe ser considerado por el juez. Sólo unos cuantos supuestos de cláusulas, entre los cuales destacan aquéllas que excluyen la responsabilidad en caso de muerte o lesiones, son declarados expresamente nulos por la UCTA. Cfr. LAWSON, R., *Exclusion clauses and Unfair contract terms*, op.cit., p.101 y ss.; COLLINS, H., *The Law of contract*, op.cit., p.232 y ss.; TREITEL, G.H., *The Law of contract*, op.cit., p.227 y ss. BEALE, H.: "Droit anglais", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exoneratoires...*, op.cit., p. 155 y ss.; COLOMBATO, M., "La legge inglese del 77 sulle clausole di esonero da responsabilità", *Riv.Dir.civ.*, 1980-I. Pero la Directiva CEE de 1993 sobre cláusulas abusivas determinó la entrada en vigor de la Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations de 1994, aplicable sólo a los contratos celebrados entre consumidores y profesionales y a las cláusulas que no hayan sido discutidas; como en la Directiva comunitaria, en la ley británica se prohíben las cláusulas que limiten o excluyan la responsabilidad legal del profesional en los casos de muerte o daños personales del consumidor.

En Portugal, la represión de las cláusulas sobre limitación de la responsabilidad se condensa en el Decreto 220/95, de 31 de agosto, que transpone la normativa comunitaria y modifica su anterior versión: el Decreto Ley 446/85 de 25 de octubre sobre condiciones generales de contratación, inspirado en el AGB-G alemán. El nuevo Decreto que, según PINTO MONTEIRO ("El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores", *R.D.M.*, nº219, 1996, p.103), "va mucho más allá de la protección mínima de la Directiva", considera como cláusulas absolutamente prohibidas las que "*excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos causados á vida, á integridade moral ou física ou á saúde das pessoas*" (letra a) do Anexo); y las que "*excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos patrimoniais extracontractuais, causados na esfera da contraparte ou de terceiros*"; las que "*excluem ou limitem a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso*". Sobre el Decreto del 85, vid. LEITE CONVERTI,

En una primera aproximación, se advierte ya un endurecimiento del régimen general de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, a las que se refiere a norma con la denominación de "limitaciones absolutas". Mientras que según éste último se llega a la nulidad sólo en el caso de que concurra dolo o culpa grave o sea la cláusula contraria a los restantes límites analizados en el capítulo anterior, en el supuesto de que la limitación absoluta de responsabilidad se sitúe dentro del ámbito material y de aplicación de la norma - por estas incluida en condiciones generales de la contratación y por oponerse a un consumidor o usuario- será *siempre nula*⁶⁰⁹.

Quizás en algunos casos pudiera considerarse excesiva esta sanción, tal y como señala DÍAZ ALABART. Son los supuestos en los que las exoneraciones por culpa leve tienen como contrapartida algún beneficio para el consumidor, como por ejemplo, una reducción en el precio de adquisición del producto a servicio⁶¹⁰.

L.R., "Il Decreto-Legge portoghese N.446/85, sui contratti per adesione, nella prospettiva dell'esperienza occidentale nel settore della tutela del consumatore", *Riv.Dir.civ.*, 1988-I. p.71 y ss. PINTO MONTEIRO, A., "Cláusulas limitativas e de exclusão...", op.cit., p.147 y ss. ; DE SOUSA RIBEIRO, J., "Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais", separata del número especial del *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1992.

Es digna de mención la experiencia brasileña debido a la promulgación del Código de Defesa do Consumidor aprobado por ley de 12 de septiembre de 1990, en el que se intenta condesar toa la problemática jurídica del consumidor. En el artículo 51 de este Código, donde se exponen un elenco considerable de cláusulas abusivas, se sanciona con la nulidad de pleno derecho las cláusulas que "*impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos*". No obstante, este régimen de rigurosa prohibición de las cláusulas limitativas de responsabilidad se atenúa en los supuestos en los que el consumidor es una persona jurídica, autorizando entonces las estipulaciones contractuales limitativas -nunca exoneratorias-. En este sentido, vid. NERY JR., N., "Comentário ao Capítulo VI", en AA.VV., *Código brasileiro de defesa do consumidor*, 3ªed., Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1993, p.333-343; ROSADO DE AGUIAR JR., R., "Cláusulas abusivas no Código do Consumidor", en AA.VV., *A proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*, coord. por C. Lima, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 1994, p.110 y ss.

⁶⁰⁹Así, la SAP Granada 14 diciembre 1994 (A.2262) declara nula por contravención del art.10.1c)6º una cláusula en la que una entidad bancaria se exoneraba frente al depositario/consumidor de la responsabilidad dimanante del contrato de depósito bancario.

⁶¹⁰Cfr. DÍAZ ALABART, S., "Comentario al artículo 10 LCU", op.cit., p.29. En términos similares se pronuncia MARTÍNEZ DE AGUIRRE ("Comentario al art.2", op.cit., p.73) al referirse a las renunciaciones justificadas, que considera admisibles, siempre que no hayan sido impuestas a la parte débil [extremo que probablemente dejaría al margen a las renunciaciones justificadas efectuadas en

Sin embargo, aun en estas hipótesis de renunciaciones justificadas, consideramos que debe predicarse la nulidad de la cláusula de exoneración, y ello por dos razones. En primer lugar, de acuerdo con una interpretación literal de la norma, ya que ésta declara las limitaciones absolutas de responsabilidad sin efectuar salvedad alguna. En segundo lugar, de acuerdo con una interpretación teleológica del precepto (art.3.1 C.c.), que hace presumir que el espíritu y finalidad de la norma, en tanto desarrollo del principio constitucional de la protección del consumidor, sea procurar la máxima tutela para éste. Como principio, por lo tanto, todas las limitaciones absolutas de la responsabilidad son nulas⁶¹¹.

- Las limitaciones relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

La interpretación *a contrario* de la prohibición anterior podría sugerir que la Ley establece un principio de validez para las limitaciones de responsabilidad, siempre que no impliquen una exoneración total. Sin embargo, esta conclusión resulta apresurada a la luz de la segunda parte de la norma que considera nulas también, por lesionar el principio de la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, aquellas limitaciones que, aunque no sean absolutas -sólo habla de *limitaciones*- se refieran a la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

La claridad expositiva no es la nota dominante del precepto, y ello ha propiciado diversas interpretaciones⁶¹², tendentes, sobre todo, a dilucidar el significado de utilidad o

condiciones generales], ya que "dejar desprovista de toda eficacia a esa renuncia objetivamente justificada puede no ser deseable desde muchos puntos de vista".

⁶¹¹Otra cosa es que, tras declarar la nulidad de la cláusula, surja un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, como consecuencia de la contrapartida que estaba prevista por la cláusula de exoneración. Pero, a nuestro juicio, éste es un problema de integración contractual o de efectos de la nulidad parcial -que se tratarán de analizar en el capítulo 2º, parte IV-, que no debe empañar el juicio de nulidad de las cláusulas exoneratorias de responsabilidad.

⁶¹²Así, DÍAZ ALABART ("Comentario al artículo 10.1c)6º", op.cit., p.291) considera la segunda parte del precepto como una suerte de generalización de la acción redhibitoria, establecida en el Código civil en el artículo 1458 para el contrato de compraventa. Se trataría, entonces, de prohibir las limitaciones por vicios ocultos que pueda conllevar el producto o servicio, reconociendo el derecho de todos los consumidores a la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio. Esta interpretación

finalidad esencial.

En principio, hay que partir de que estas limitaciones serían un supuesto especial de limitaciones de responsabilidad, ya que precisamente en estos casos no sólo están prohibidas las exoneraciones -las cuales ya vendrían prohibidas según el primer aserto de la proposición- sino también las limitaciones parciales, extremo que se deduce de la propia expresión de la norma: "*limitaciones relativas a...*".

A nuestro entender, la razón de esta especialidad se podría entender a la luz del enunciado del artículo 27.1 de la LCU en el que se establece las reglas de responsabilidad que rigen para los fabricantes, importadores, vendedores o suministradores, los cuales responderán ante los consumidores, "*sin perjuicio de lo que resulte más favorable al consumidor o usuario*", "*del origen, identidad e idoneidad*" de los productos, "*de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que lo regulan*"⁶¹³. Así, si comparamos el texto del artículo 27.1 con el del 10.1c)6º, en su segunda parte, comprobaremos que ambos aluden al mismo supuesto de hecho, aunque en términos ligeramente diferentes.

-como reconoce la autora- es perfectamente sostenible a la luz de la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 16 de noviembre de 1976, en la que se incluyen las "cláusulas según las que el suministrador limita su responsabilidad en caso de vicios ocultos del bien" en el concepto de cláusulas abusivas en contratos de consumidores. Por su parte BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ("*La defensa contractual...*", op.cit., p.211) analiza así la segunda parte del precepto: "La segunda parte del inciso rechaza también las limitaciones absolutas de responsabilidad relativas a la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio, recogidas en condiciones generales. Es posible que el legislador quisiese en realidad ser más restrictivo en este ámbito de responsabilidad del empresario, prohibiendo todas las condiciones generales que contuviesen limitaciones aunque no fuesen absolutas. Pero la imperfección del texto legal no permite en principio esta interpretación. No obstante, esas posibles variantes en la interpretación del texto no tienen consecuencias. Al igual que ocurre con la primera parte, esta segunda carece de todo sentido".

⁶¹³Hay que tener en cuenta que la reciente Ley 22/94 de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos ha derogado parcialmente los artículos 25 a 28 de la LCU para los supuestos de responsabilidad del fabricante de productos defectuosos, lo cual, sin duda, restringe el ámbito de operatividad de este artículo. Sin embargo, como se comprobará más adelante la solución en lo que a la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad no difiere ya que el artículo 14 de la mencionada Ley prohíbe expresamente todos los pactos convencionales que limiten la responsabilidad establecida en la Ley.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad del artículo 27 no sólo no podría ser convencionalmente limitada de forma absoluta sino tampoco de forma parcial. Se ampliaría, de este modo, la nulidad a las cláusulas limitativas o exoneratorias de la responsabilidad regulada en el artículo 27, lo cual concordaría con el carácter objetivo de la responsabilidad del artículo 27.1 de la LCU y, especialmente, con el reconocimiento implícito a aceptar sólo las modificaciones convencionales que resulten más favorables para el consumidor o usuario⁶¹⁴.

En conclusión, se advierte un agravamiento del régimen general de las cláusulas restrictivas de responsabilidad incluidas en los formularios de condiciones generales, régimen que podríamos resumir en tres apartados:

1º) Las limitaciones absolutas de responsabilidad -cláusulas de exoneración- insertas en condiciones generales de contratación son nulas en todo caso.

2º) Las cláusulas que impliquen limitaciones totales o parciales de la responsabilidad del predisponente referidas a la utilidad o finalidad esencial del producto son asimismo nulas.

3º) Las limitaciones parciales de responsabilidad, que no se comprendan en el apartado anterior, son válidas siempre que no sean contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones y que cumplan los límites generales establecidos para el ejercicio de la autonomía privada.

⁶¹⁴Así la define BERCOVITZ ("Comentario al artículo 27", en AA.VV., *Comentarios a la LCU*, op.cit., p.703.). La responsabilidad del artículo 27, que engloba tanto la contractual como la extracontractual, es según este autor indudablemente objetiva, en concordancia con los artículos 25 y 26 de la misma Ley -se prescinde abiertamente del requisito de la culpa-, naturaleza que ha sido reconocida a su vez por la STS 26 de enero de 1990. No obstante, la posición del profesor BERCOVITZ no es aceptada por toda la doctrina, ya que algunos autores le atribuyen carácter subjetivo. En este sentido, vid., CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y protección...*, op.cit., p.42 y ss.; DE ANGEL, R., *Tratado de responsabilidad...*, op.cit., p.654 y ss.; PARRA LUCÁN, A., *Daños por productos...*, op.cit., pp.418-419; SANTOS BRIZ, J., *Responsabilidad civil...*, op.cit., p.752 y ss.

Por su parte, el artículo 10.1.c)3º, que introduce el concepto de cláusulas abusivas, puede servir de vía de impugnación de ciertas limitaciones parciales de responsabilidad que aún salvando los requisitos anteriores *perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios* (art. 10.1.c)3º LCU)⁶¹⁵.

4º) Finalmente, son nulas de pleno derecho las inversiones de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario, a tenor del artículo 10.1c)8º⁶¹⁶. Con esta previsión legal queda cerrada la entrada en los clausulados de condiciones generales a este tipo de limitaciones indirectas de la responsabilidad.

⁶¹⁵Como ejemplo de la necesidad de que una cláusula limitativa de responsabilidad, que *a priori* es válida, pase el filtro del art. 10.1 c)3º, en el sentido de comprobar si, en el caso concreto, puede resultar abusiva, exponemos la argumentación de la sentencia 1 de febrero de 1994 de la Audiencia Provincial de Madrid (*Ar.Civ.302*) en la que la parte actora pedía la nulidad de una cláusula inserta en un contrato de revelado de película de vídeo que establecía que "la responsabilidad por pérdida o daño se limita a la sustitución de la película". La sentencia, por su parte, declara que: "Respecto del fondo del asunto, lo primero que se ha de analizar es la validez de la cláusula de limitación de responsabilidad que figura impresa en el resguardo [...]; al respecto, hemos de decir que no estamos ante una cláusula de exención de responsabilidad sino de fijación y limitación de la misma, en el momento de suscripción del contrato, limitación que, por otra parte, *no puede considerarse abusiva* o que responda a la posición dominante de una de las partes, sino que constituye y opera como el único medio lógico y racional de ordenación y de prestación de servicio, cuando en el momento de contratarse el mismo es obvio que una de las partes, al menos, y presumiblemente la otra no conoce el contenido real de la película a revelar y por tanto no puede fijarse la valoración económica de la misma". Al margen de este supuesto, la utilización de este artículo por los Tribunales es muy frecuente y comprende los casos que, sin estar reflejados expresamente en ninguno de los apartados del art.10.1c), "perjudican de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor...". Así, SAP Oviedo 22 enero 1993 y SAP Asturias 28 abril 1994 (*Ar.Civ.618*) para declarar nula una cláusula relativa a los intereses moratorios de un contrato de financiación; SAP Vizcaya 24 enero 1994 (*Ar.Civ.26*) para enfrentarse a una cláusula por la que una agencia de viajes limitaba de responsabilidad en caso de falta de alojamiento en el hotel contratado; SAP Baleares 23 junio 1994 (*Ar.Civ.1036*) declara abusiva una cláusula sobre la duración de un contrato de arrendamiento de servicios; en el mismo sentido, SAP Madrid 8 julio 1994 (*Ar.Civ.1486*).

⁶¹⁶Dentro de este inciso se pueden incluir además de los pactos que estrictamente inviertan la carga de la prueba aquellos "por los que el predisponente limita los medios de prueba que puede utilizar el consumidor". Así, DÍAZ ALABART, S., "Comentario al art.10.1c) de la LCU", op.cit., p.300.

c) El artículo 10.1.c)6º frente al 2.3 de la LCU: posible integración

La conclusión formulada en el epígrafe anterior pudiera entrar en contradicción con el artículo 2.3 de la LCU, que, que se expresa en estos términos:

"La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de los bienes o servicios es nula.

Asimismo, son nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el artículo 6º del Código civil."

Como ya señalamos, según esta norma son nulas las renunciaciones previas a los derechos básicos que la Ley otorga a los consumidores, uno de los cuales es, en virtud del apartado c) del artículo 2.1, *"la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos"*, desarrollado en el Capítulo VIII de la Ley, bajo el título de "Garantías y responsabilidades". Así, del artículo 2.3 se podría concluir la ineficacia de cualquier suerte de pacto que implique una renuncia -de carácter total o parcial- anticipada al derecho a la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos por el consumidor, y por consiguiente la ineficacia de las cláusulas limitativas y exoneratorias de la responsabilidad cuando se oponen a un consumidor o usuario.

Si esto es así, ¿cuál es la eficacia de la norma del art. 10.1.c)6º de la que se extrae la validez de determinados pactos de limitación de la responsabilidad y que semeja contraria al enunciado del art.2.3?

En realidad, podría pensarse que la eficacia real del artículo 10.1.c)6º es sumamente reducida e inútil la prohibición que contiene, ya "que únicamente puede servir para introducir confusión sobre el alcance de los derechos que la Ley reconoce en todo caso y con carácter imperativo"⁶¹⁷.

⁶¹⁷BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La defensa contractual...", op.cit., p.211.

No obstante, si se parte de la premisa de que el artículo 10.1.c)6º carece de eficacia se llegaría a la solución de que cualquier cláusula limitativa de responsabilidad es nula y la discusión se acaba. Esto, empero, no parece ser compatible ni con la realidad de la contratación en masa -donde afloran las limitaciones de responsabilidad en el ámbito de seguros y en el bancario, entre otros sectores- ni con la realidad de la jurisprudencia, la cual recurre al artículo citado para controlar las posibles limitaciones de responsabilidad que se oponen a los consumidores.

Una de las posibilidades de conciliar ambas normas, dotando a ambas de eficacia, es la de considerar que los artículos 25 y siguientes de la LCU y, sobre todo, el artículo 27, se limitan a sentar los principios de la responsabilidad contractual y extracontractual y a distribuirla por defectos de origen, identidad o idoneidad entre los distintos sujetos sin determinar el nivel de responsabilidad⁶¹⁸. Para esta determinación, podríamos denominarla cuantitativa, se remite al artículo 10.1.c)6º, según el cual en ciertos supuestos podría limitarse convencionalmente. Sin embargo, son muchos los inconvenientes de esta tesis, ya que, a parte de poco sencilla en la práctica, no se muestra respetuosa ni con el tenor literal del artículo 27 (que sólo permite modificaciones que resultasen más favorables al consumidor) ni con su pretendida eficacia, que resultaría muy reducida.

Otra posibilidad sería considerar al artículo 10.1.c)6º como una excepción del principio de irrenunciabilidad general de los derechos de los consumidores, establecido en el art.2.3. Esta es la opción apuntada por PARRA LUCÁN, que implica entender que la

⁶¹⁸BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ("La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios", *Estudios sobre Consumo*, nº3, 1984), ofrece, poco convencido, esta interpretación para salvar la contradicción entre estos dos preceptos. En realidad este autor considera inútil el artículo 10.1.c)6º de la LCU, ya que, en su opinión, "su incidencia real es sumamente reducida. Hay que tener en cuenta que la responsabilidad por daños derivadas del consumo viene establecida con carácter general, tanto para el consumidor que es parte contratante como para el que no lo es, en los artículos 25 y siguientes de la Ley, a cuyas consecuencias no cabe renunciar (art. 2.3 párrafo 1) prescindiendo de la consideración de las condiciones generales de la contratación. No queda, pues, más ámbito de aplicación [para el art. 10.1.c)6º] que el que se refiere a la posible eficacia inter partes de la repercusión de esa responsabilidad por daños del empresario cuando se produce frente a terceros" (Cfr. BERCOVITZ, R., "La defensa contractual...", op.cit., p.211).

LCU contiene una excepción (art. 10.1.c)6º) al principio general de nulidad de la renuncia previa de un derecho (art. 2.3) para un caso particular configurado por la responsabilidad el productor o suministrador frente a los consumidores y usuarios siempre que se dieran determinadas condiciones: aceptación de la limitación de responsabilidad por el consumidor y limitación parcial de la responsabilidad.⁶¹⁹

La atenuación del principio del art.2.3 cuando la adquisición del bien o servicio se efectúa sobre la base de condiciones generales podría explicarse desde el momento en que en la contratación en masa sigue existiendo un margen de consentimiento por parte del consumidor para aceptar el contenido de las condiciones de contratación. Aunque es obvio que la negociación del contrato es prácticamente nula, en todo caso, el consentimiento para aceptar las condiciones debe concurrir, al igual que los requisitos denominados "de inclusión", que configuran unas mínimas garantías para esta técnica contractual. Por otro lado, no se debe olvidar que la eficacia de las cláusulas limitativas de responsabilidad en sede de condiciones generales es *inter partes*, por lo que se reduce la peligrosidad de esta integración.

Una última posibilidad sería considerar el artículo 10.1c)6º, al igual que el artículo 11 LCU, como concreciones y no tanto como verdaderas excepciones al contenido del artículo 2.3 LCU. Y ello porque pudiera acontecer que el legislador temiera por la aplicación de una norma que prohíbe las renunciaciones en abstracto de los derechos de los consumidores, y pretendiera así su concreción en el ámbito de la defensa contractual del consumidor, ámbito de gran relevancia para su tutela. Así, tanto el artículo 10 como el 11 concretan la declaración general del artículo 2.3, sin constituir auténticas excepciones -ya que el art.2.3 habla sólo de renunciaciones previas sin más- sino meras especificaciones.

⁶¹⁹PARRA LUCÁN, M.A., *Daños por productos...*, op.cit., p.455.

d) El sistema de la LCU a la luz de la Directiva de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas.

La aprobación en el seno del Consejo de la CEE de la Directiva sobre cláusulas abusivas⁶²⁰ y la consiguiente obligación para el Derecho español de acomodarse a su contenido antes del 31 de diciembre de 1994, nos compele a realizar, en este estudio, una breve referencia a las líneas fundamentales del citado texto comunitario⁶²¹.

Los objetivos que se persiguen con la Directiva sobre cláusulas abusivas son ya puestos de relieve en sus Considerandos. La adopción de medidas para establecer progresivamente el mercado interior, que implique la creación de un espacio sin fronteras interiores garantizando la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de protección de consumidores y usuarios⁶²² y, por supuesto, la protección de los intereses de los

⁶²⁰DOCE L n°95 de 21 de abril de 1993.

⁶²¹En este sentido vid., ÁLVAREZ MORENO, M.T., "Las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n°17, 1993; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La reforma del Derecho de la contratación en España", ponencia presentada en el *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y la Protección de los Consumidores*, Zaragoza, 15-18 noviembre, 1994; DÍAZ JIMÉNEZ, M.C., "Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n°101, 1993; DE NOVA, G., "Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive", *Riv. Trim. Dir. Civ.*, sept. 1994, p. 690-694; EMPARANZA, A., "La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores y su repercusión en el ordenamiento español", *R.D.M.*, n°213, 1994; REICH, N., "La réforme du Droit des contrats de consommation", ob. cit.; ROPPO, V., "La nuova disciplina nelle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori", *Riv. Dir. Civ.*, n°2, 1994, p.277-302; VATTIER FUENZALIDA, C., "El turismo y los contratos de adhesión", op.cit.

⁶²²La armonización de las legislaciones de los Estados miembros se convierte en el principal objetivo comunitario desde 1985, según el plan diseñado por el Libro blanco de la Comisión sobre la consecución del mercado interior. En el ámbito de la protección de los consumidores, dado que las diferentes normativas y perspectivas nacionales existentes "impiden y obstaculizan la libre circulación de productos y servicios y distorsionan el mercado comunitario, una correcta planificación de mercado requerirá asegurar un grado de protección equivalente a todos los consumidores y usuarios comunitarios". (ESTEVE GARCÍA, F.: "La consecución del mercado interior y la política comunitaria para la defensa del consumidor", *Directiva. Revista jurídica de estudios monográficos*, 4º trimestre, 1990, PPU, p.64).

consumidores en todos los ámbitos⁶²³ y, en concreto, en el de los contratos con cláusulas no negociadas, se delimitan como los principales móviles en la elaboración de esta Directiva.

Para conseguir estos objetivos el Consejo ha preferido la Directiva a cualquier otro instrumento de Derecho comunitario. Esta opción ha sido muy usual en materia de consumo durante los últimos años. La Directiva fija preceptivamente un resultado a conseguir, eliminar las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores, y un plazo de ejecución, 31 de diciembre de 1994, pero deja libertad a los Estados para elegir la forma y los medios para llegar al resultado requerido⁶²⁴.

⁶²³La protección de los consumidores y usuarios no fue un objetivo que quedase reflejado en el Tratado de constitución de la C.E.E. "dado que existía la conciencia de que el aumento del comercio comunitario y la libre competencia ya cumplirían automáticamente el fin de favorecer al consumidor europeo" (ESTEVE GARCÍA, F., "La consecución del mercado interior...", op.cit., p.66). Sin embargo, posteriores programas de actuación hacen hincapié en este objetivo, que, sin duda, ha conseguido un importante aliado en la jurisprudencia del T.J.C.E. que ha procurado la búsqueda del equilibrio entre la consecución del mercado interior y las exigencias de protección al consumidor. Así, tras la renombrada sentencia *Cassis de Dijon* de 20 de febrero de 1979 (as. 120/78) "la política de defensa y protección de los consumidores se consagra como objetivo comunitario de interés general y con suficiente relevancia como para poder prevalecer en determinados casos frente a la libre circulación de mercancías" (ESTEVE GARCÍA, F.: "La consecución del mercado interior...", op.cit., p.70).

⁶²⁴Se pretende una armonización del sector pero se ha recurrido a la denominada "armonización mínima", en el sentido de que la Directiva fija "un mínimo común denominador que debe existir en los ordenamientos nacionales, sin impedir que subsistan aquellas normas nacionales que, por encima de los mínimos comunitarios, otorguen un mayor grado de protección al consumidor" (ZAPATER DUQUE, E., "Armonización de legislaciones en la política de protección al consumidor: fundamento jurídico e instrumentos jurídicos empleados", *Directiva. Revista jurídica de estudios monográficos*, 4º trimestre, 1990, PPU, p.140). Esta técnica, utilizada generalmente en materia de consumidores, se pone de manifiesto expresamente en la Directiva del 93 en su artículo 8 cuando señala que "Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección". Sin embargo, aunque aparentemente la técnica de armonización mínima pueda acarrear resultados satisfactorios, "presenta el inconveniente de permitir la existencia de discriminaciones entre el colectivo de los consumidores comunitario. En la medida en que se opta por una armonización de *mínimos*, los Estados con un nivel de protección menor adaptan su legislación en base a los contenidos mínimos exigidos, mientras que aquellos que otorgaban mayores garantías, mantienen su nivel de protección, por lo que el valor de la armonización conseguida es relativo" (ZAPATER DUQUE, E., "Armonización de legislaciones...", op.cit., p.140).

La Directiva, en general, carece de aplicabilidad directa⁶²⁵, siendo sus destinatarios los Estados miembros -art. 11-, y necesita ser traducida a Derecho nacional para integrarse en el ordenamiento y conseguir, así, eficacia entre particulares. Este elemento característico,

⁶²⁵Hay que distinguir entre aplicabilidad directa y efecto directo, que hace referencia a la propia naturaleza de las disposiciones comunitarias, lo que permitirá su alegación ante los Tribunales nacionales de un Estado miembro estando éstos obligados a proteger los derechos contenidos en tales disposiciones. (MILLÁN MORO, L., "Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", *Revista de Instituciones Europeas*, vol.11, nº1, 1984, p.474). El efecto directo de las directivas ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades, que ha indicado la posibilidad de que las disposiciones de una Directiva creen derechos subjetivos a favor de los particulares, derechos que éstos pueden alegar ante los Tribunales nacionales con independencia de que el Estado haya implementado o no la Directiva (PARRA LUCÁN, M.A., *Daños por productos...*, op.cit., p.623). Como señala BOTANA GARCÍA ("Incidencia de los instrumentos de Derecho comunitario en la protección de los consumidores", A.C., nº3, 1993), el efecto directo puede ser de dos clases: vertical (particulares-Estado) y horizontal (entre particulares). El efecto vertical, como indica MATA SIERRA ("Restricciones jurisprudenciales a la atribución de efecto directo a las directivas. Estudio y crítica de la Resolución de la Voc.4ª del TEAC de 9 de septiembre", *Jurisprudencia Tributaria*, nº37, 1994, p.27), "no es sino un correctivo que garantiza que los justiciables, a instancia del propio órgano jurisdiccional al que se presupone el conocimiento del ordenamiento comunitario, queden cubiertos por la normativa europea en el caso de que los Estados no la hayan incorporado al ordenamiento interno" ya que "como ha subrayado el Tribunal de Justicia en innumerables ocasiones aquellos no tienen que cargar con las consecuencias de los incumplimientos estatales". El reconocimiento del efecto directo vertical, como indica ZAPATER DUQUE ("Armonización de legislaciones...", op.cit., p.150), reviste, en materia de protección al consumidor, "un gran interés, porque si bien el consumidor podría invocar el contenido de un directiva frente a la inactuación o actuación incorrecta de un Estado, no podría hacerlo frente a un determinado productor, por no ser el sujeto obligado directamente por el contenido de la directiva". Sin embargo, el efecto horizontal no se reconoce a las directivas ni por la doctrina ni por la jurisprudencia comunitaria, aunque algunos autores han afirmado su existencia (Cfr. MANIN ("L'invocabilité des Directives: quelques interrogations", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, nº4, 1990) y REICH ("Product safety and product liability. An analysis of the ECC COUNCIL DIRECTIVE of 25 July 1985 on the approximation provisions of the Member States concerning liability for defective products", *Journal Consumer Policy*, nº9, 1986). No obstante, una reciente sentencia del T.J.C.E. (caso *Marleasing, S.A.*, sentencia de 13 de noviembre de 1990, as. C/106/89) matiza el rechazo al efecto directo horizontal al afirmar el Tribunal que "La obligación de los Estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales. De ello se desprende que, al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo ha de hacer todo lo posible, a la luz de la letra y finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del art.189 del Tratado". En este sentido, vid. también, MARTÍNEZ LAGE, S., "Las fuentes del Derecho comunitario", en AA.VV., *Estudios de Derecho Comunitario*, Madrid, Ed. C.G.P.J., 1989, p.173. Vid. sentencia que comenta Bercovitz en la Portada A.C., 13, 1996.

puesto de relieve en el art. 189 del Tratado de Roma, unido a la desidia habitual de los Estados para acomodar sus derechos a las indicaciones de las directivas, agudiza los retrasos en la armonización ya que los ciudadanos no podrán requerir la aplicación de la normativa comunitaria ante los Tribunales, generándose, además, situaciones de discriminación con respecto a los ciudadanos de Estados que sí han procedido a la unificación. Como indica BOTANA, "trasladada esta situación al ámbito del derecho de consumo supone que el nivel de protección del consumidor no será el mismo en todos los países de la Comunidad"⁶²⁶.

Introduciéndonos ya en el análisis del contenido de la Directiva, dos son las principales diferencias con respecto a la LCU.

En primer lugar, el ámbito de aplicación de la Directiva es sustancialmente diverso ya que, por un lado, varían los parámetros que definen al consumidor, concepto que desde una perspectiva se amplía y desde otra se reduce con respecto a la LCU, y, por otro, extrae expresamente de la noción de cláusulas abusivas aquellas que hayan sido previamente negociadas por las partes.

En cuanto al primer extremo, el artículo 2b) conceptúa como consumidor *"toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con propósito ajeno a su actividad profesional"*. Advertimos de inmediato la exclusión del ámbito de los consumidores de las personas jurídicas, mencionadas de forma expresa por el artículo 1 de la LCU. Como ya expusimos páginas atrás, quizás la Directiva "no acoge a las personas jurídicas en su concepto de consumidores porque considera que éstas disponen de mayores recursos, al estar mejor dotadas o ser económicamente algo más fuertes [...] por lo que normalmente al contratar con el empresario-predisponente no se encuentran en la situación de desventaja y debilidad que caracteriza al consumidor medio"⁶²⁷.

Sin embargo, desde otra perspectiva, y pese a la exclusión de las personas jurídicas,

⁶²⁶BOTANA GARCÍA, G., "Incidencia de los instrumentos...", op.cit., p.55.

⁶²⁷ÁLVAREZ MORENO, M.T., "Las cláusulas abusivas ...", op.cit., p.49.

el concepto de consumidor se torna amplísimo ya que la Directiva prescinde de la consideración de "destinatario final" de bienes y servicios, según la cual se define al consumidor en la LCU, y extiende la calificación a todo el que "actúe con propósito ajeno a su actividad profesional". Entiende, pues, la Directiva, como antónimos los términos de profesional y consumidor⁶²⁸.

De otro lado, en cuanto al ámbito estrictamente material de la Directiva, ésta abarca cualquier tipo de condiciones generales en las que puedan insertarse cláusulas abusivas, pero con una matización ya que descarta su aplicación a las cláusulas que puedan haber sido negociadas, entendiendo por tales las que no hayan sido redactadas previamente y el consumidor haya podido influir sobre su contenido (art.3.2 *a contrario*).

Aunque la LCU establece entre las características de las condiciones generales la de su rigidez o imperatividad, la doctrina, en general, asume la tesis de que el art. 10 será aplicable de igual forma a algunas cláusulas que puedan haber sido discutidas individualmente con el consumidor, siempre que estén inmersas en condiciones generales, como ya advertimos páginas atrás.

La otra gran diferencia de contenido entre la Directiva y el art. 10 de la LCU se deriva de las distintas técnicas empleadas por las dos normas para expulsar de los contratos de condiciones generales a las cláusulas abusivas. Mientras que la LCU, como hemos visto, usa el sistema de cláusula general combinado con una lista negra de condiciones prohibidas, la Directiva sustituye esta última por una lista gris, plasmada en el Anexo. Así, las cláusulas que componen la lista del Anexo no resultan automáticamente prohibidas sino que se prevén

⁶²⁸Si bien la definición del consumidor por oposición a la noción de profesional amplía el ámbito conceptual del aquél, puede resultar algo perturbadora para nuestro Derecho que, al igual que los demás países comunitarios con la excepción de Francia, desconoce esta categoría jurídica, y se refiere, en su lugar, a la figura del empresario (EMPARANZA, A., "La Directiva comunitaria sobre las cláusulas...", op.cit., p.467).

tan sólo a modo indicativo⁶²⁹, otorgando, paradójicamente, la Directiva una protección de menor alcance a la ofrecida por la LCU en este extremo.

Asimismo, el catálogo de cláusulas contenido en el Anexo difiere lo suficiente del establecido en el artículo 10.1.c), como para plantearse si no una reforma a fondo, ya que muchas de las cláusulas coinciden, sí una "labor de refundición"⁶³⁰.

Entre las cláusulas que componen el Anexo, la primera hace referencia a las limitaciones de responsabilidad. En este sentido, se consideran abusivas las *cláusulas que tengan por objeto o por efecto excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional*.

Un breve análisis de la letra a) del Anexo pasa por realizar las siguientes consideraciones. En primer lugar, la norma parte de un concepto general de cláusulas limitativas de la responsabilidad al incluir en su ámbito las que tengan *por objeto o por efecto excluir o limitar* la responsabilidad legal del profesional. De este modo se integra en la noción de cláusulas de no-responsabilidad no sólo las que directamente pretendan este objetivo sino aquellas que, aún constituyéndose de forma diversa, indirectamente provoquen un efecto similar, lo cual merece, desde nuestro punto de vista, una opinión favorable no sólo técnicamente sino desde la perspectiva del amparo al consumidor.

⁶²⁹La opción de la Directiva por la lista gris modificó el texto de la Propuesta que sugería la introducción de la lista negra, al igual que en el art. 10 de la LCU. En este sentido, la Directiva ha zanjado la cuestión con términos más suaves e imprecisos (ÁLVAREZ MORENO, M.T., "Las cláusulas abusivas...", op.cit., p.50). A nuestro juicio, la razón de la elección de una lista gris, descartando la lista negra, puede estar en el hecho de que se intentara aproximar dos tradiciones jurídicas diferentes y, en cierto modo, opuestas: la continental -derecho codificado- y la anglosajona -de claro corte jurisprudencial-. Con la lista gris a la vez que el legislador participa en la determinación de qué se debe entender por cláusula abusiva, se da entrada a la actuación y control judicial desde el momento en que la lista del Anexo es sólo indicativa (el juez, al fin y al cabo tiene la última palabra).

⁶³⁰BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La reforma del Derecho de contratación en España...", op.cit., p.241.

Sin embargo, el inicial espíritu tuitivo se quebranta inmediatamente cuando restringe el calificativo de abusivas a las exoneraciones o limitaciones de responsabilidad en caso de daños físicos o muerte del consumidor. Se considerarán aceptables, como consecuencia, aquellas que recaigan sobre aspectos diversos y secundarios, entendiendo por tales todo tipo de daños de carácter patrimonial y, asimismo, los daños morales.

Finalmente, la Directiva realiza una última precisión, referente ahora a la causa que provoque la responsabilidad. En este sentido, es la acción u omisión del profesional la que ha constituirse como la causa del daño de cuyas consecuencias se quiere exonerar el citado profesional. La mención de "profesional" en lugar de "parte contratante", que era la versión plasmada en la Propuesta de Directiva de 1992, ha levantado sospechas⁶³¹. Sin embargo, dada la amplitud con la que se define al profesional en el artículo 2.b) de la Directiva, el cambio puede describirse más como una cuestión de estilo que como un intento de reducir el ámbito subjetivo de la norma⁶³².

En definitiva, comparando la letra a) del Anexo de la Directiva con el artículo 10.1.c)6º de la LCU se llega a la conclusión de que resulta más generosa para el consumidor la protección otorgada en la regulación nacional que en la comunitaria, no sólo porque la LCU no se detiene en consideraciones de causa y consecuencia de la responsabilidad, abarcando una realidad más amplia, sino por el hecho de configurar a las cláusulas abusivas en una lista negra⁶³³.

⁶³¹En este sentido ALVAREZ MORENO ("Las cláusulas abusivas...", op.cit., p.79) se pregunta si hay que entender incluidas aquí las limitaciones o exenciones de responsabilidad por acciones u omisiones de sus mandatarios, agentes o empleados, o de las personas por las que legalmente deba responder.

⁶³²El artículo 2.c) de la Directiva define al profesional como *"toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada"*. Según este concepto no tiene por qué identificarse al profesional con el titular de la empresa ni descartar de él a los agentes o mandatarios.

⁶³³Otra cosa es que la totalidad del artículo 10 de la LCU resulte más beneficioso para los consumidores que la Directiva en su conjunto, extremo que negamos aunque su análisis se nos escape de nuestros objetivos. En principio parece que la Directiva cubre un campo más amplio y que los criterios en los que se fundamenta el mecanismo de control de las cláusulas abusivas son más

e) Nuevas tendencias legislativas en la materia: el Borrador de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de diciembre de 1996

La preocupación del legislador por construir una regulación general para la contratación mediante la técnica de condiciones generales ha fructificado en la elaboración de varios borradores de anteproyectos de Ley⁶³⁴. El último de ellos, de diciembre de 1996, intenta dotar a la contratación estandarizada de un marco jurídico global, como alternativa al hoy existente caracterizado por su sectorialización, y colmar las lagunas normativas presentes en la materia, aprovechando la preceptiva transposición de la Directiva sobre cláusulas abusivas de 1993.

En este sentido, el Borrador de Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación de diciembre de 1996 pretende no sólo la adecuación del artículo 10 LCU a la Directiva del 93 sino que ha aprovechado la oportunidad para diseñar el régimen jurídico de las condiciones generales de la contratación. Esta dualidad de finalidades se enmarca en un proyecto en el que confluye la protección del consumidor y la represión de la práctica de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores con la regulación integral del fenómeno de la contratación mediante cláusulas generales con independencia del tradicional aspecto subjetivo: la figura del consumidor. Se diferencia, de esta forma, el tratamiento de las

objetivos, y por lo tanto menos subordinados a la interpretación judicial que los utilizados por la Ley del 84. En una u otra medida y de un modo u otro habrá que llevar a cabo la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español, operación que podía aprovecharse para introducir una reforma adecuada en ese ámbito, ya mediante la promulgación de una ley especial, como podría ser una ley de condiciones generales y consiguiente derogación del artículo 10 LCU, ya mediante la oportuna reforma del precepto mencionado.

⁶³⁴El primero de ellos es el de julio de 1983, y no prosperó debido a la aprobación, un año después, de la LCU en la que se introdujo una regulación fragmentaria sobre la materia del Anteproyecto en su artículo 10. Posteriormente, en noviembre de 1987 (publicado en B.O.E. de enero de 1988) otro Anteproyecto pretende esta vez derogar las disposiciones que sobre condiciones generales contiene la Ley del consumidor, ampliando el ámbito subjetivo (incluye a consumidores y empresarios que contraten bajo condiciones generales) e introduciendo el control judicial de las cláusulas abusivas con carácter preventivo y abstracto. Más ampliamente, vid. PETIT SEGURA, M.A.: "Las condiciones generales de los contratos", *Directiva. Revista jurídica de estudios monográficos*, 4º trimestre, 1990, p.102.

cláusulas abusivas del de las condiciones generales de la contratación, porque, como señala la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto, "son conceptos que no tiene por qué coincidir".

No obstante, pese a la autonomía que el BAPCGC le confiere a las condiciones generales de contratación⁶³⁵, desvinculándolas de la protección al consumidor, ubicada aún en la LCU, el concepto y régimen proyectado para las cláusulas abusivas es común a ambas regulaciones. Es decir, la cláusula abusiva es la misma categoría tanto si el adherente es un consumidor como si es una figura diferente.

Pocas novedades presenta el Anteproyecto en torno al concepto de cláusulas abusivas en la contratación. La buena fe sigue siendo, ya en la proyectada Ley de condiciones generales (art.7.1 BAPCGC) ya en la reforma del artículo 10 LCU (art.10 bis), el parámetro rector en la materia, a modo de cláusula general. En este sentido, el artículo 7 prescribe que *"serán nulas de pleno derecho las cláusulas de condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente las exigencias de la buena fe"*. Sin embargo, lo que sí supone un avance es la concreción, por primera vez, de qué se entiende contrario a la buena fe: *"las cláusulas que injustificadamente deroguen las normas aplicables al contrato o que limiten los derechos y obligaciones inherentes a la naturaleza del mismo de tal forma que se ponga en*

⁶³⁵ Las condiciones generales de contratación son definidas en el artículo 1 del BAPCGC de acuerdo con el concepto de cláusulas predisuestas: *"aquéllas que hubieran sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o declaraciones jurídicamente relevantes"* (art.1.2). No obstante, la predisposición o la habitualidad en su utilización, característica incuestionable del concepto tradicional de las condiciones generales, es completado a su vez con otro requisito no menos conocido: el de la unilateralidad, extremo que se flexibiliza considerablemente en el Anteproyecto al no exigir la unilateralidad en la autoría material o en la redacción: se requiere sólo que *"la incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes"*. Éste es el ámbito de aplicación del Anteproyecto. Se prescinde, de esta forma, de parámetros subjetivos - básicamente del concepto de consumidor o usuario-, desapareciendo la estrecha relación que existe en nuestro Derecho positivo entre el concepto de condiciones generales y el concepto de consumidor que, como vimos al analizar el artículo 10 LCU, es hoy objeto de críticas. La Exposición de Motivos justifica esta opción: *"El ordenamiento jurídico debe proteger no sólo a los consumidores y usuarios, sino también a los pequeños y medianos empresarios y profesionales, sean o no personas físicas o jurídicas unos y otros, frente a las cláusulas abusivas de los contratos, pero también frente a los clausulados generales de las grandes empresas en las que existe una predisposición al abuso de la posición de preeminencia"*.

peligro su finalidad económica" (art. 7.1 in fine).

Esta cláusula general se completa con la lista de cláusulas abusivas que el BAPCGC pretende incorporar como disposición adicional a la LCU, a la que se remite tanto la Ley de condiciones generales como el artículo 10 de la LCU (que sustituye, así, la lista que contiene actualmente). De esta manera, la lista contenida en la proyectada disposición adicional 1ª tendrá vigencia en el ámbito genérico de las condiciones generales de contratación, al margen de que el adherente sea o no un consumidor.

La lista parece tener carácter cerrado, a la vista del tenor literal de la D.a.1ª -*"A los efectos previstos en el art.10bis, tendrán el carácter de abusivas las cláusulas o estipulaciones siguientes..."*-, y comprende 29 tipos distintos de cláusulas abusivas, muchas de ellas copia exacta del Anexo de la Directiva y otras fruto de lo que la jurisprudencia y doctrina españolas han venido considerando como prácticas abusivas en la contratación estandarizada.

Entre ellas, alguna de las cláusulas prohibidas hace expresa referencia al fenómeno de la limitación convencional de la responsabilidad civil, ya de forma directa ya de forma indirecta. En este sentido, y afectando a lo que hemos denominado cláusulas directamente restrictivas de responsabilidad⁶³⁶, la cláusula 3ª considera como abusiva: *"La exclusión o limitación de responsabilidad del empresario o profesional por dolo o culpa grave en su cumplimiento, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquéllos, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato o deuda a tercero, si puede engendrar merma de las garantías de éste, así como las limitaciones de responsabilidad contrarias a la utilidad o finalidad del bien o servicio"*.

La lectura de esta cláusula, que obviamente sustituiría al actual art.10.1c)6º, aunque integra parte de su contenido (cláusula 3ª *in fine*), pone de relieve la idea sugerida con

⁶³⁶Otras dos cláusulas de esta lista consideran abusivas algunas cláusulas analizadas dentro de la limitación indirecta de la responsabilidad. La cláusula 22ª declara abusiva la *"inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor"*, y la 24ª los pactos de sumisión expresa.

anterioridad acerca de la mayor protección conferida por la norma de la LCU en relación con la letra a) del Anexo de la Directiva -de la que la cláusula 3ª del Borrador de Anteproyecto es copia casi literal-. Y ello porque la prohibición de las cláusulas restrictivas de responsabilidad se limita a las hipótesis de daños personales, permitiendo, por consiguiente, tales convenciones ante daños causados al patrimonio del consumidor, lo cual rebaja en buena medida la tutela de nuestro aún vigente art.10.1.c)6º.

No obstante, es preciso señalar que desde otra óptica la esfera de protección de la proyectada reforma se ensancha en virtud de la extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la lista de la Disposición adicional 1ª, que como vimos, no se detiene en la figura del consumidor sino que abarca a cualquier adherente.

1.2. El artículo 11 LCU

El artículo 11 de la LCU, en sus párrafos segundo y tercero, configura el régimen general de garantía de ciertos bienes de consumo en los siguientes términos:

"2. En relación con los bienes de naturaleza duradera, el productor o suministrador, deberá entregar una garantía que, formalizada por escrito, expresará necesariamente:

- a) El objeto sobre el que recaiga la garantía.*
- b) El garante.*
- c) El titular de la garantía.*
- d) Los derechos del titular de la garantía.*
- e) El plazo de duración de la garantía.*

3. Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho, como mínimo a:

a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos causados.

b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado".

De esta forma, y tras un primer párrafo⁶³⁷ que parece "una especie de declaración

⁶³⁷El párrafo primero del artículo 11 prescribe: "El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento".

de intenciones, más propia de una Exposición de Motivos que de un texto normativo"⁶³⁸, el artículo 11 de la LCU delimita la responsabilidad, del productor o suministrador, en su caso, por los vicios o defectos originarios en los bienes de naturaleza duradera en base al otorgamiento preceptivo al consumidor de una garantía en el momento de la adquisición del producto.

Estamos ante un expediente (denominado también cláusula de buen funcionamiento, en virtud del carácter funcional del vicio) que persigue la protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios en la fase postcontractual⁶³⁹. La eficaz protección del consumidor tras ser adquirido el producto mediante la garantía legal o comercial constituye uno de los puntos más delicados en el Derecho de consumo sobre todo en lo que concierne al ámbito comunitario. La especial preocupación de la U.E. en esta materia se ha puesto de relieve en la publicación del Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa, presentado por la Comisión el 15 de noviembre de 1993⁶⁴⁰. El estudio efectuado por la Comisión revela la necesidad de armonizar los regímenes nacionales de garantía para conseguir un mayor amparo del consumidor, que probablemente tendrá como resultado la promulgación de una directiva en este sector.

En lo que atañe a la normativa española, de una primera lectura del artículo 11 se colige, por un lado, el carácter imperativo de esta responsabilidad o garantía, ya que en ella

⁶³⁸BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La reforma del Derecho de la contratación en España. Introducción general del tema", ponencia presentada en el *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y la Protección de los Consumidores*, Zaragoza, 15-18 de noviembre de 1993.

⁶³⁹Cfr. GÓMEZ CALERO, J., *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Madrid, Ed. Dykinson, 1994, p.103.

⁶⁴⁰El Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y servicios postventa presentado por la Comisión (COM (93) 509 final, Bruselas, 15 de noviembre de 1993) ha sido publicado en *Estudios de Consumo*, núm.30, 1994, p.63 a 149. Este estudio efectuado en el seno de la Comisión, que carece de efecto vinculante para los Estados miembros, pretende la enunciación de ciertas sugerencias que van desde medidas de armonización de las legislaciones nacionales, exigidas por la consolidación definitiva del mercado único, hasta soluciones basadas en la autorreglamentación de carácter voluntario.

se fija el contenido legal mínimo ("*el titular de la misma tendrá derecho, como mínimo a...*"). Dicha naturaleza cogente justifica el estudio de la norma en esta sede (dentro de los límites legales especiales) ya que representa un límite legal a los pactos convencionales de la responsabilidad en tanto que pretendan reducir o limitar la responsabilidad establecida en la norma⁶⁴¹.

Por otro lado, se observa una cierta independencia de la garantía con relación al contrato del que trae causa, y ello no sólo en lo que atiende al aspecto formal -según el artículo 11.2 ha de formalizarse en documento escrito- sino también en cuanto al aspecto subjetivo ya que el garante, como veremos, puede ser persona distinta del que suministra directamente el bien al consumidor⁶⁴².

a) Análisis de la norma: una aplicación concreta de la responsabilidad por vicios ocultos del vendedor.

El régimen de garantía previsto en el artículo 11 de la LCU evoca a la obligación de saneamiento por vicios ocultos del vendedor prevista en el Código civil, no sólo en lo que concierne a la terminología -garantía y saneamiento serían acepciones de un mismo concepto⁶⁴³- sino en la propia articulación de ambos regímenes. De ahí que hayan sido

⁶⁴¹La enmienda presentada por el Grupo Popular, finalmente rechazada, plasmaba de forma más gráfica la inderogabilidad de la garantía del artículo 11, porque, tras un primer párrafo en el que se regulaba el contenido de dicha garantía, se añadían otros dos cuyo tenor literal era el siguiente: "Se consideran abusivas, y son nulas, las cláusulas que eximan o limiten de cualquier modo esta responsabilidad en perjuicio del consumidor o usuario" y "No serán válidas dichas cláusulas en la medida en que encubran una limitación real de la responsabilidad contractual establecida en el apartado 1 de este mismo artículo". El texto íntegro de la enmienda en GARCÍA AMIGO, M., "La defensa de los consumidores desde el Derecho privado", *R.D.P.*, 1985-II, p.411.

⁶⁴²Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "La trascendencia del principio de protección de los consumidores en el Derecho de obligaciones", *op.cit.* Dice expresamente el autor que "se trata, pues, de una respuesta jurídica en sede de cumplimiento del contrato al problema del alejamiento material entre productores y consumidores".

⁶⁴³El *Code de Napoléon* utiliza el vocablo *garantie* para referirse a la obligación del vendedor de asegurar la pacífica entrega de la cosa (*garantie en cas d'éviction*) y la inexistencia de vicios o defectos ocultos (*garantie des défauts de la chose vendue*) en los artículos 1625 y siguientes. Nuestro

muchos los autores que han definido a la garantía del art.11 como la adecuación de la clásica obligación de los artículos 1484 y siguientes del Código civil a los intercambios de consumo⁶⁴⁴.

El artículo 1484 C.c. hace responsable al vendedor frente al comprador de los defectos ocultos de la cosa vendida si la hacen impropia o disminuyen el uso de la misma. Según el art.11, el que suministra o el productor de un bien responde frente al consumidor de la existencia de vicios originarios en los bienes de naturaleza duradera. El paralelismo entre ambos regímenes es obvio, mas la coincidencia no resulta tan radical como para propugnar que la norma de la LCU supone una derogación parcial del régimen del Código civil, en virtud de la regla *lex specialis derogat lex generalis*, sino que se puede hablar de un régimen de compatibilidad entre las dos regulaciones⁶⁴⁵. De esta forma, creemos que

Código civil prefirió, sin embargo, el término saneamiento, ya que, como explica MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil*, op.cit.,T.XXIII, vol.2º, p.119), "la garantía en nuestro tecnicismo jurídico corresponde a la idea de una sujeción específica, material o moral, que no se compagina con la meramente genérica impuesta al vendedor por la Ley". Además, "en todo caso, hubiera sido [...] algo censurable que disponiendo de un vocablo tan gráfico y tan claro, y tan perfectamente recibido como el de saneamiento, hubiéramos hecho a nuestro idioma la nueva traición de suplantarle con el nombre francés".

⁶⁴⁴Cfr. DUQUE, "La protección de los derechos económicos y sociales en la L.G.D.C.U.", *Estudios sobre Consumo*, nº3, 1984, p.83; PARRA LUCÁN, M.A., "Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la L.G.D.C.U.", *A.D.C.*, 1988, T.41, p.523; RUBIO GARRIDO, T., "La garantía del artículo 11 LCU", *A.D.C.*, 1990, T.43, p.867.

⁶⁴⁵En este sentido, GARCÍA CANTERO ("Comentario al artículo 11 LCU", en AA.VV., *Comentarios a la L.G.D.C.U.*, op. cit., p.373) advierte, en base al artículo 7 de la LCU no ha derogado las normas civiles y mercantiles del Derecho de consumo, que "no cabe decir, sin más, que tales preceptos -refiriéndose a las normas reguladoras del saneamiento- van a ser sustituidos o reemplazados por el artículo 11. Más razonable parece intentar su compatibilización y, sólo a posteriori deducir los cambios que han podido producirse en el régimen general". En la misma línea se manifiesta PARRA LUCÁN ("Los derechos mínimos...", op. cit., p.551) esgrimiendo como razones, la configuración en el artículo 11 de los derechos como "mínimos" y la interpretación favorable al consumidor. Parece sostener opinión contraria RUBIO GARRIDO ("La garantía...", op. cit., p.894) al señalar que "el régimen codificado de la obligación de saneamiento está superado, quedando su aplicación a las relaciones que no se someten a la LCU, manteniendo en ellas caracteres tales como su dispositividad o la imputación de los daños y perjuicios sobre el criterio estricto de la mala fe [...]". Aunque son escasas las resoluciones jurisprudenciales que inciden en este tema, la STS de 23 de mayo de 1991 (A.3784) parece acoger la tesis de la compatibilidad de acciones procedentes de la garantía y de la obligación de saneamiento del Código civil y la facultad de opción por el perjudicado en virtud del principio de protección al consumidor y a los adquirentes de buena fe.

el comprador que adquiere un bien defectuoso podrá optar -si así lo considera oportuno⁶⁴⁶- entre acudir al régimen general del Código civil o a la regulación específica del artículo 11 de la LCU.

En cualquier caso, ambas regulaciones someten al vendedor de la cosa (o, en el caso del art.11, también al productor) a una determinada responsabilidad en el supuesto de aparición de vicios o defectos. Esta responsabilidad, ya en el Código ya en la LCU, surge independientemente de la culpa del vendedor (o productor, en su caso) y desconectada, asimismo, del conocimiento del vicio por el vendedor⁶⁴⁷. No es, por tanto, una responsabilidad subjetiva, vinculada a criterios de falta de diligencia o negligencia, sino que el mero hecho de la existencia del vicio que la ley considere reparable (del vicio jurídicamente relevante) es condición suficiente para la atribución de responsabilidad⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶Aunque el obstáculo que supone la brevedad de los plazos de las acciones edilicias parece que harían más recomendable acudir a la garantía del artículo 11 -el plazo de las garantías es generalmente superior a seis meses-, puede ser que en determinados casos la normativa del Código civil sea más beneficiosa que la de la LCU. En este sentido, GARCÍA AMIGO ("La defensa de los consumidores desde el Derecho privado", *R.D.P.*, 1985, I, p.411), ciertamente crítico con el contenido de la norma-opina que la protección que ofrece el artículo 11 LCU "es menor -o puede serlo- de lo que las disposiciones de los viejos Códigos vigentes y el tráfico negocial ofrecen en estos momentos".

⁶⁴⁷La desconexión de la responsabilidad por saneamiento de vicios ocultos del conocimiento de los mismos por parte del vendedor tiene su razón de ser, como explica LLÁCER MATA CÁS (*El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, Ed. Bosch, 1992, p.15), en el origen objetivo del remedio edilicio. Éste tiene su fundamento en la noción de *deceptio*: "el comprador que recibe un objeto defectuoso es *deceptus* o sufre un engaño de carácter objetivo. La expresión *deceptio* o engaño aparece como una noción distinta al *dolo* o a la voluntad de engañar [...] La *deceptio* es un resultado objetivo: la recepción de una cosa cuya utilidad y valor son inferiores al que se esperaba recibir".

⁶⁴⁸Más problemática resulta la cuestión de la naturaleza jurídica de esta responsabilidad. El nacimiento de la misma independientemente de los criterios generales de responsabilidad contractual establecidos en el Código civil, lleva a MORALES MORENO ("El alcance protector de las acciones edilicias", *A.D.C.*, 1980-II, p.681.) a delimitarla como "una forma de responsabilidad objetiva", en base a "una atribución objetiva de riesgo al vendedor de alcance limitado". Otros han preferido calificarla como responsabilidad legal ya que surge por el incumplimiento de una obligación establecida en la ley. Así, GARCÍA CANTERO ("Comentario al art.1483", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op.cit., p.330) califica de "autónoma esta forma de responsabilidad del vendedor, que tiene su fundamento en la ley de suerte que para su nacimiento deben darse estrictamente todos los requisitos señalados en ella" (En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, M.A., "Los derechos mínimos del titular...", op.cit., p.536). Tampoco faltan quienes la catalogan como un ejemplo de responsabilidad típicamente contractual. De esta opinión es RUBIO

Centrándonos ya en la responsabilidad consagrada en el artículo 11 de la LCU y, antes de examinar su contenido, es preciso delimitarla desde un plano objetivo y subjetivo.

El ámbito objetivo de la responsabilidad *ex* artículo 11 viene definido por dos extremos. Por un lado, el juego de la norma se restringe, según el art.11.2, a los denominados "*bienes de naturaleza duradera*" en el entendimiento de que sólo con referencia a ellos, y no con relación a los bienes consumibles y a los servicios⁶⁴⁹, tiene sentido una garantía de estas características. La posible duda acerca de cuáles son los bienes concretos que poseen carácter duradero ha sido, en parte⁶⁵⁰, resuelta por el R.D. 287/1991 de 8 de marzo cuyo Anexo II enumera un catálogo de bienes a los efectos del artículo 11.2⁶⁵¹.

Por otra parte, se puede plantear, en esta sede, la cuestión de la aplicación de la norma a los bienes usados. En este sentido, aunque en un principio pudiera parecer menos

GARRIDO ("La garantía del art.11 LCU", op.cit., p.886 y ss.): "si partimos de una concepción de la responsabilidad contractual como distribución de riesgos, no es difícil considerar el supuesto del artículo 11 LCU como un claro caso de responsabilidad contractual". Desde esta óptica, la obligación del vendedor no es entonces entregar la cosa sino "la de transmitir un producto idóneo y no viciado" (*ibidem*, p.889). [Concepción ésta que choca con la mantenida por R. BERCOVITZ en "La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa", *A.D.C.*, 1969-II, p.799, quien señala que "cuando el vendedor entrega la cosa específica, por muchos vicios ocultos que tenga no se podrá hablar de incumplimiento"]. Para los partidarios de la naturaleza contractual, "aparecido un vicio o defecto en el objeto adquirido y ya entregado se abrirá un juicio de imputación donde el vendedor deberá probar haber cumplido o, en su caso, demostrar el caso fortuito. De no dar ninguna de estas pruebas, se afirmará su responsabilidad por incumplimiento de aquella obligación legal" (RUBIO GARRIDO, T., "La garantía...", op.cit., p.889).

⁶⁴⁹Cfr. RUBIO GARRIDO, T., "La garantía del art.11", op.cit., p.893.

⁶⁵⁰Decimos que la cuestión se ha resuelto sólo parcialmente desde el momento en que se considera (así, GARCÍA CANTERO, G., "Comentario al art.11", op.cit., p.377) que el catálogo enunciado en el Real Decreto no agota todos los bienes duraderos por lo que su carácter no exhaustivo, sino más bien indicativo, podría suscitar dudas acerca de la pertenencia a tal categoría de otros productos no nombrados en el Anexo.

⁶⁵¹Tendrán esta consideración los siguientes bienes: 1.Instrumentos y material de óptica, fotografía, relojería y música; 2.Herramientas, cuchillería, cubertería y otras manufacturas metálicas comunes; 3.Muebles, artículos de menaje, accesorios y enseres domésticos; 4.Aparatos eléctricos, electrotécnicos y electrónicos; 5.Vehículos automóviles, motocicletas, velocípedos, sus piezas de recambio y accesorios; 6.Juguetes, artículos para recreo y deportes; 6.Vivienda.

controvertida una respuesta negativa⁶⁵², no existiría, a nuestro juicio, ningún obstáculo para incluir dentro del ámbito de la norma los bienes que aun no siendo nuevos sean de naturaleza duradera siempre y cuando la garantía contemple este extremo y se adecúe a él.

Por otro lado, la responsabilidad será exigible, según el artículo 11.3, únicamente ante vicios o defectos originarios de aquellos bienes. Acerca del concepto de vicios o defectos originarios se plantean numerosos interrogantes.

En primer término, se cuestiona la entidad que han de tener estos defectos para hacerse merecedores de la garantía del artículo 11, y más concretamente se especula con la posibilidad de que afecten al funcionamiento o uso de la cosa, asimilándolos, así, al vicio redhibitorio del artículo 1484 C.c. Según esta norma, el vendedor estará obligado al saneamiento si los defecto de la cosa "*la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella*". Se concibe, desde el Código civil, el vicio como vicio funcional⁶⁵³ y dotado, así, de cierta gravedad.

Aunque la norma de la LCU no exige expresamente que el defecto haya de afectar al funcionamiento o uso de la cosa, creemos que ha de ser esta idea la que debe inspirar el sentido del vicio o defecto que se garantiza. Y ello no sólo en base a una interpretación histórica y respetuosa con el régimen del Código sino también de acuerdo con el tenor literal del artículo 11.3b) -"*el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviera destinado*"- que participa implícitamente de esta idea. En este sentido, el vicio o

⁶⁵²ORTÍ VALLEJO ("La compraventa de vehículos usados: caracteres y efectos", *R.D.P.*, 1987-I, p.126) encuentra "muchas dudas" a la aplicación de la garantía general del artículo 11 LCU a, en este supuesto, el comercio de los vehículos de ocasión: "el artículo 11.2 de la Ley de Consumidores, al designar a las personas que están obligadas a prestar la garantía, se refiere a los productores o suministradores, expresiones que más bien parecen estar pensadas para la puesta en el mercado de productos nuevos. A la misma interpretación conducen los otros apartados del texto del precepto, cuando se refiere a los repuestos y al servicio técnico (núms. 4 y 5 del precepto), cosas ambas extrañas al vendedor de vehículos de ocasión".

⁶⁵³BGB art.459 y ss; C.c. francés art.1641 y ss. En cambio en el Derecho italiano y portugués, también se tiene en cuenta el defecto de calidad: art.1497 *Codice* y art.913 y ss. de Código portugués.

defecto del bien ha de revestir cierta entidad y ha de influir en el uso o usos normales del mismo⁶⁵⁴, si bien, y guiados por el principio de protección del consumidor, en el análisis de qué es lo que se entiende por uso de la cosa se debe proceder con cierta flexibilidad⁶⁵⁵.

En segundo término, los vicios o defectos reparables son los originarios. De este modo, sólo los preexistentes al contrato, o, mejor, a la fabricación de la cosa, serían relevantes a los efectos de la norma -al igual que ocurre en el régimen general del Código civil⁶⁵⁶-, aunque, como indica BERCOVITZ, "parece razonable presumir que todos los defectos que aparezcan en el plazo de la garantía son originarios, salvo prueba en contrario a cargo del productor o suministrador"⁶⁵⁷. De este concepto habría que excluir los defectos acaecidos por el uso normal del producto durante el tiempo que dure la garantía (el desgaste por el uso).

Finalmente, a diferencia de la regulación del saneamiento del Código civil, el artículo 11 LCU no exige que los vicios sean ocultos, por lo cual el productor o suministrador respondería también de los vicios aparentes. Sin embargo, el hecho de que la LCU no requiera expresamente que el vicio sea oculto no puede llevarnos a pensar que el garante

⁶⁵⁴En este sentido, GARCÍA AMIGO, M., "La defensa de los consumidores...", op.cit., p.411; PARRA LUCÁN, M.A., "Los derechos mínimos...", op.cit., pp.527-530; RUBIO GARRIDO, T., "La garantía...", op.cit., p.895.

⁶⁵⁵Cfr. MORALES MORENO, A.M., "El alcance protector de las acciones...", op.cit., p.652. También desde esta óptica de protección al consumidor y desde la consideración del contenido del art.11 como de mínimos, PARRA ("Los derechos mínimos...", op.cit., p.530) se plantea la extensión de la garantía a la falta de calidad de la cosa vendida, sugiriendo que se valore el caso concreto atendiendo "a las consecuencias que tal falta de calidad produce en el bien y si éste reviste las condiciones óptimas para cumplir el uso al que está destinado, teniendo en cuenta que tal uso será el normal y objetivo, salvo que otra cosa hubieran estipulado las partes".

⁶⁵⁶Aunque no sea exigencia positiva -el Código civil no prescribe este requisito-, explica MANRESA ("Comentarios a los artículos 1484 a 1486", en *Comentarios al Código civil español*, op.cit., p.252) que "no es preciso decir, que la existencia del vicio o defecto ha de referirse al momento en que se celebra el contrato, pues de los que con posterioridad puedan afectar a la cosa no se puede hacer cargo alguno el vendedor". Estos vicios posteriores nos sitúan, a juicio de MORALES MORENO ("El alcance protector...", op.cit., p.633) "ante un problema de riesgo (art.1452) o ante un problema de responsabilidad del vendedor por la custodia de la cosa".

⁶⁵⁷BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La defensa contractual...", op.cit., p.220.

debe responder de vicios de la cosa absolutamente patentes, porque en este caso se estaría vulnerando la buena fe contractual⁶⁵⁸. Por ello creemos que la clave se hallaría en el desconocimiento por parte del comprador de tales vicios (que sean ocultos para el consumidor)⁶⁵⁹, criterio de carácter relativo que ha de conciliar la categoría del vicio en sí con las cualidades del consumidor y de la venta o adquisición. De este modo, se flexibiliza el concepto de vicio del Código civil y no se precisa que efectivamente sea oculto, en aras de una protección mayor del consumidor, pero sin llegar al punto de contradecir la propia naturaleza y fundamento de la responsabilidad por saneamiento.

El ámbito subjetivo del artículo 11 LCU nos conduce al examen de quién es responsable y frente a quién lo es, o, en otros términos, al examen de las figuras del garante y del titular de la garantía en el marco de la norma. Este último es el consumidor en los términos del artículo 1 de la LCU⁶⁶⁰, concepto ya desarrollado al tratar el artículo 10 de la Ley por lo que a él nos remitimos. En cuanto al garante o sujeto responsable, el art.11.2 se refiere al "*productor o suministrador*" del bien afectado. Ambos podrán, entonces, otorgar la garantía del producto, aunque lo lógico será que la conceda el productor porque "es él quien puede tener mayor interés en la eficacia de la garantía y quien además se encuentra en condiciones de prestarla, básicamente a través de unos buenos servicios técnicos de reparación y asistencia a los consumidores"⁶⁶¹.

⁶⁵⁸A este respecto señala RUBIO GARRIDO ("La garantía...", op.cit., p.897) que "cierto es que la imposición de una obligación legal de un nivel de idoneidad y calidad mínimo, hace que por debajo del mismo se desdibuje la operatividad de la tradicional distinción entre vicio oculto y vicio aparente. Ahora bien, por encima de este nivel mínimo, el requisito seguirá jugando, de modo que el vicio aparente determinará la reducción del contenido obligacional del contrato y la consiguiente exclusión de toda eventual responsabilidad del vendedor (por el vicio), así como idéntica consecuencia tendrá el vicio interno, pero conocido por el comprador".

⁶⁵⁹Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., "Los derechos mínimos...", op.cit., p.534.

⁶⁶⁰Ello determina "que la regulación del artículo 11 no se aplica a aquellas garantías que en su caso otorguen el vendedor o el fabricante a los adquirentes de productos que no sean destinatarios finales de los mismos". (PARRA LUCÁN, M.A., "Los derechos mínimos...", op.cit. p.524).

⁶⁶¹BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La defensa contractual...", op.cit., p.218.

Delimitada la garantía objetiva y subjetivamente, o descritas las condiciones subjetivas y objetivas de la responsabilidad, nos queda determinar el contenido de esta responsabilidad (o los derechos que confiere esta garantía), el cual no se reduce a la reparación del objeto, sustitución del mismo o devolución del precio, según los casos, sino que se amplía a una indemnización de daños y perjuicios. La estructura de la reparación se conecta con el régimen de las acciones redhibitoria y estimatoria previsto en el Código civil, si bien se ha complementado estas acciones de ineficacia o disminución del precio con los recursos de reparación o de sustitución de la cosa para amparar debidamente los intereses del comprador⁶⁶².

El artículo 11.3 contempla en sus dos apartados dos derechos del consumidor de carácter subsidiario. En primer lugar, la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos⁶⁶³ con la consiguiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos. En segundo lugar, y en el caso de que la reparación no fuera satisfactoria, la sustitución del objeto por otro igual o la devolución del precio. Es decir, sólo en el caso de que la reparación del objeto no procure que el objeto alcance las "*condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado*", podrá el titular de la garantía exigir el cambio del bien por otro idéntico o la devolución del precio -la resolución del contrato-. Aunque ambas posibilidades parecen literalmente configuradas como una suerte de obligación alternativa para el deudor, el suministrador o productor, semeja más acorde con el principio de tutela del consumidor sostener que es éste quien puede optar entre la sustitución del objeto viciado por otro igual o la devolución del importe pagado⁶⁶⁴.

La reparación gratuita del objeto se acompaña de la reparación de los daños y perjuicios que haya sufrido el consumidor bien en su persona bien en su patrimonio a causa

⁶⁶²Cfr. BERCOVITZ, R., "La reforma del Derecho de la contratación...", op.cit., p.251.

⁶⁶³El carácter gratuito de la reparación debe comprender, como indica PARRA ("Los derechos mínimos...", op.cit., p.535), "tanto los gastos de reposición de las piezas defectuosas como los de la mano de obra, desplazamientos del técnico y de la propia cosa garantizada".

⁶⁶⁴Por todos, vid. BERCOVITZ, R., "La defensa contractual...", op.cit., p.220.

de los vicios o defectos originarios de la cosa⁶⁶⁵. Tal indemnización no se menciona en el segundo apartado -en el caso de sustitución o devolución del precio- aunque un sector de la doctrina se inclina a entender que pese a la omisión también se acumula la indemnización en el segundo supuesto⁶⁶⁶.

Por último, la norma no establece un plazo para ejercitar las acciones a las que nos hemos referido ya que no determina expresamente un plazo mínimo de duración de la garantía. Sin embargo, como indica BERCOVITZ, "ese plazo deberá ser suficiente, de acuerdo con las circunstancias y la naturaleza del bien, para que el consumidor pueda reclamar con eficacia las garantías de calidad, así como en caso de error o deterioro"⁶⁶⁷.

b) La inderogabilidad de la norma: prohibición de los pactos que supriman o limiten la garantía del artículo 11

La imperatividad, y correlativa inderogabilidad, del contenido del artículo 11 acerca de la garantía de los bienes de naturaleza duradera está fuera de toda duda desde el momento en que el tenor literal de la norma señala que "*el titular de la garantía tendrá derecho, como mínimo a...*". Se establece, de esta manera, una garantía de mínimos, lo cual significa que ésta podrá ser superada o mejorada en beneficio del consumidor pero que no está permitido actuar por debajo de tales mínimos.

De ello resulta automáticamente la nulidad de las renunciaciones efectuadas por el consumidor a la garantía de los productos (nulidad que implica, nuevamente, una concreción del contenido del art. 2.3 LCU) y de otras cláusulas insertas en el contrato de adquisición del

⁶⁶⁵Como señala PARRA ("Los derechos mínimos...", op.cit., p.546), se excluye de la indemnización del artículo 11 los daños que la cosa defectuosa pudiera haber originado en otras personas distintas del titular de la garantía, que se resolverán por las normas del capítulo VIII de la LCU. En este punto, actualmente hay que tener en cuenta la Ley de productos defectuosos de 1994, la cual acogerá en gran medida este tipo de reclamaciones.

⁶⁶⁶Cfr. BERCOVITZ, R., "La defensa contractual...", op.cit., p.221.

⁶⁶⁷BERCOVITZ, R., "La defensa contractual del consumidor...", op.cit., p.219.

bien en las que el suministrador o productor se exima de prestar la garantía en los términos establecidos en la Ley o limite su contenido por debajo de los mínimos que se fijan en la norma⁶⁶⁸. Se trata, como señala GARCÍA CANTERO, de "evitar que mediante las cláusulas de garantía o mediante la modificación de las acciones tradicionales para el saneamiento se introduzcan cláusulas limitativas de responsabilidad y, en el caso límite, exclusiones encubiertas de responsabilidad para la contraparte del consumidor"⁶⁶⁹.

Así las cosas, se restringe considerablemente el juego de la autonomía privada en esta materia, ya que se veta posibilidad de cláusulas limitativas o exoneratorias de la garantía legal del artículo 11⁶⁷⁰. En el único extremo en donde podría operar la autonomía de las partes sería en el establecimiento del plazo de la garantía, aspecto que, como vimos, no está legalmente determinado. Sin embargo, tampoco aquí debe hablarse de absoluta libertad de configuración: el plazo debe ser razonable y ajustado a la naturaleza del bien de que se trate; en otro caso (plazos demasiado cortos) estaríamos ante una cláusula abusiva del artículo

⁶⁶⁸Quizás la regulación de la garantía legal de los bienes de naturaleza duradera sea una de los aspectos más respetados en la práctica contractual, ya como consecuencia de la información de los consumidores en este punto ya porque la garantía suele ser un extremo que utilizan los propios productores y/o suministradores para mejorar las condiciones de su oferta y así procurarse más clientes (junto con el precio suele ser una de las condiciones más tenidas en cuenta por el consumidor a la hora de la elección de los productos). No obstante, a pesar de este respeto *in abstracto* de la garantía legal, en ocasiones se vulnera de forma subliminal la prescripción de mínimos del artículo 11. Es el caso, por ejemplo, de las garantías de ciertos vehículos en las que su efectividad se supedita a la realización de ciertas revisiones del automóvil que pueden desvirtuar la gratuidad de la garantía. Así, la garantía de 1 año de los vehículos PEUGEOT "se aplica a condición de que la primera revisión en garantía haya sido realizada entre los 1500/2500 kms. en un taller de la Red comercial PEUGEOT TALBOT", en la cual serán de cuenta del cliente "los lubricantes y el cartucho de filtro del aceite que se empleen".

⁶⁶⁹GARCÍA CANTERO, G., "Comentario al art.11 LCU", op.cit., p.361.

⁶⁷⁰El Libro Verde de la Comisión de 1993 (op.cit.), en su examen de la regulación de la garantía legal de los bienes nuevos de naturaleza duradera, revela que la solución adoptada por la LCU acerca de la imperatividad de dicha garantía está presente en la mayoría de los Estados miembros de la U.E., con excepción de Italia. En todos ellos, con la citada excepción, existe un sistema dual en el que conviven el Derecho común sobre el saneamiento de los códigos civiles, excluible por la voluntad de las partes con ciertos límites, y el Derecho especial representado por leyes, cuyo ámbito se reconduce a la protección del consumidor, que tienen por objetivo restringir considerablemente la autonomía de las partes en los contratos de consumo; en ellas, el régimen de saneamiento se torna imperativo y se prohíben las cláusulas restrictivas de la garantía legal de los productos.

10.1c)3º LCU o contraria a la buena fe contractual, con la consiguiente sanción de nulidad del artículo 10.4 LCU.

A través de este análisis, se observa un agravamiento del régimen común de la responsabilidad del vendedor por los vicios que tenga la cosa. El artículo 1485 del Código civil permite, de acuerdo con el tenor de su último párrafo, la convención que modifique el régimen del saneamiento por los vicios o defectos ocultos siempre que "*el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido*". De esta forma, la responsabilidad del vendedor puede limitarse o excluirse totalmente a no ser que se pruebe que conocía los vicios de la cosa, o, en otras palabras, salvo que concurra mala fe en el vendedor. El conocimiento de los vicios por parte del vendedor y la intención de excluir su responsabilidad se hace sinónimo a estos efectos de un actuar de mala fe porque se presume que el vendedor lo conoce y lo oculta al comprador (dolo omisivo) o además, desarrolla una actividad encaminada a evitar que el comprador conozca la existencia del vicio⁶⁷¹. Otra cosa es que el vendedor conozca los vicios y también los conozca el comprador y a pesar de ello éste consienta en liberar a aquél de responsabilidad. En este supuesto (relacionado con la compraventa a todo riesgo del art.1477 C.c.) el pacto sería lícito porque aun existiendo el conocimiento por el vendedor no habría mala fe. En definitiva, el régimen de saneamiento del Código civil sólo es irrenunciable, anticipadamente, si el que vende tiene conocimiento de la inidoneidad de la cosa⁶⁷².

La dispositividad característica del régimen de saneamiento de la compraventa en la legislación común se transforma en una rígida imperatividad cuando se trate de adquisiciones onerosas de bienes de naturaleza duradera realizadas por consumidores. En esta transformación, patente también en el Derecho comparado, ha hecho hincapié el Libro Verde

⁶⁷¹Como señala QUIÑONERO CERVANTES en "El dolo omisivo", op.cit., p.357.

⁶⁷²La ineficacia del pacto de exclusión de la responsabilidad del vendedor cuando éste conoce los vicios de la cosa y guarda silencio era asimismo contemplada en las Partidas (Partida III, 18, 65 y Partida V, 5, 66), en las cuales se regulan específicamente estos supuestos en aras a conceder una protección al comprador, intuyendo, al tiempo, el peligro de fraude que pueden acarrear los pactos limitativos del saneamiento. Para más información sobre nuestro Derecho histórico en este punto, vid. MORALES MORENO, A.M., "El alcance protector de las acciones edilicias", op.cit., pp.619-621.

de la Comisión al recomendar la prohibición de las cláusulas restrictivas de la garantía como "única solución capaz de garantizar que la ley sea tan eficaz como se pretende en materia de protección al consumidor"⁶⁷³.

Finalmente, añadir que, siguiendo esta línea, el Borrador de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1996 considera como cláusula abusiva, dentro del elenco del proyectado artículo 10 bis de la LCU, *"la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso de empresario profesional"*, y en particular *"las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales, en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias"*.

⁶⁷³Libro Verde de garantía de bienes de consumo y servicios postventa, op.cit., p.131.

2. LA LEY 22/94 DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS: EL ARTÍCULO 14

La promulgación de la Ley 22/94 de 6 de julio pone fin a la demora de nuestro país en la adaptación del Derecho español a la Directiva comunitaria 85/374 sobre responsabilidad derivada de los productos defectuosos⁶⁷⁴. El artículo 19 de la Directiva concedía a los Estados miembros un plazo de tres años para que éstos asumiesen lo preceptuado por aquélla. España, nueve años después de la notificación, y tras varias propuestas de adaptación⁶⁷⁵, transpone la Directiva comunitaria y ajusta definitivamente su ordenamiento a los principios comunitarios en materia de responsabilidad por productos defectuosos.

⁶⁷⁴Un análisis de la Directiva en: ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., "La acción de la CEE en materia de responsabilidad por productos defectuosos y reparación de los daños sufridos por el consumidor: adaptación del Derecho español a la Directiva 85/374/CEE", A.C., 1990-3, ref. XXXVII, p.537 y ss.; ANGEL YAGÜEZ, R., "Responsabilidad civil por los daños causados por productos y servicios defectuosos. Su aseguramiento", Ponencia presentada en el *Seminario sobre Responsabilidad civil y seguro*, U.I.M.P., 19 de julio 1994; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La adaptación del Derecho español a la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos", *Estudios sobre Consumo*, n°12, 1988, p.83 y ss.; DÍEZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., "La responsabilidad del productor: referencia a la Directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación", A.D.C., 1990, t.43, p.771 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., "Responsabilidad civil por productos defectuosos", *Revista Comunidad Europea Aranzadi*, n°4, 1995, p.37 y ss.; GHESTIN, J., "Une réforme souhaitable du Code civil: la sanction du défaut de conformité et de sécurité des produits", ponencia presentada en el *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y la Protección de los Consumidores*, Zaragoza, 15-18 noviembre, 1993; GÓMEZ CALERO, J., *Los derechos de los consumidores y usuarios*, op.cit., p.130 y ss.; PARRA LUCÁN, M.A., *Daños por productos...*, op.cit., pág.478 y ss.; REYES LÓPEZ, M.J., "Algunas reflexiones sobre el Derecho de consumo y la Directiva del 85...", R.G.D., 556/557, 1991, p.15 y ss.; SANTOS BRIZ, J., *Responsabilidad civil...*, op.cit., p.747 y ss.

⁶⁷⁵La integración de la Directiva 85/374 no era tarea fácil. El régimen vigente en la responsabilidad de los fabricante, hasta la promulgación de la Ley, estaba constituido por los artículos 25 a 28 de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios, normas severamente criticadas en la doctrina por su imprecisión técnica, oscuridad y confusión. Una de las posibilidades a la hora de emprender la reforma y la adaptación a los principios de la Directiva era la de tomar como base estas normas introduciendo las oportunas modificaciones. En efecto, ésta fue la propuesta de BERCOVITZ por encargo del Instituto Nacional de Consumo (publicada íntegramente en *Estudios de Consumo*, n°12, abril 1988). Sin embargo, finalmente se creyó conveniente la técnica de la ley especial, y fue la otra propuesta que existía, la elaborada por ROJO para la Comisión General de Codificación, la que definitivamente inspiró la Ley actual, que, a su vez, derogaba parcialmente los artículos 25 a 28 de la LCU para los supuestos de responsabilidad del fabricante por productos defectuosos.

El problema de la responsabilidad civil del fabricante y su tratamiento con independencia de cuál sea su concreta posición en la cadena productiva constituye, como ha señalado POLO, una de las "metas esenciales de la protección del consumidor"⁶⁷⁶. Las coordenadas para abordar el problema se han situado en el terreno de la, denominada por ROJO⁶⁷⁷, "valoración de los intereses en juego" en aras de determinar quién debe soportar el daño -el fabricante del producto o el consumidor- y bajo qué reglas -responsabilidad objetiva o subjetiva-. Se trata de un problema de análisis económico del derecho.

Para contestar a estas cuestiones, POLINSKY⁶⁷⁸ efectuó un gráfico análisis sobre los accidentes derivados del consumo de productos comerciales, teniendo en cuenta múltiples variables: información del consumidor, actitud de los consumidores ante los riesgos del producto (aversión o neutralidad al riesgo) y conducta de éstos ante el consumo (medidas de precaución y uso razonable del producto). Las conclusiones de este estudio no son uniformes. Aunque para la elección de un sistema de responsabilidad óptimo habría que estar a las circunstancias concretas de cada caso, el autor se inclina, con carácter general, por la responsabilidad objetiva como sistema más deseable desde la perspectiva del análisis económico (en tanto que minimiza los costes relacionados con los accidentes y maximiza el bienestar social⁶⁷⁹) que la responsabilidad por culpa en el caso paradigmático de accidente por productos: aversión al riesgo, información defectuosa, nivel medio de precauciones e inexistencia de seguros de responsabilidad civil. Este sistema puede además inducir al causante, al fabricante, a adoptar un nivel óptimo de actividad o nivel de cuidado para

⁶⁷⁶POLO, E., "La protección de los consumidores en el Derecho privado", p.882.

⁶⁷⁷ROJO y FERNÁNDEZ-RÍO, A., *La responsabilidad civil del fabricante*, op.cit., p.39.

⁶⁷⁸POLINSKY, A.M., *Introducción al análisis económico del Derecho*, op.cit., p.112 y ss.

⁶⁷⁹El criterio de la maximización del bienestar social pretende directamente el de minimizar los costes derivados de los accidentes, costes que como indican GÓMEZ, F. y PASTOR, S. ("El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico", *A.D.C.*, 1990-I, p.500) comprenden: "1) los costes esperados de los accidentes; 2) los costes de prevención de éstos; 3) los costes de administración del sistema de responsabilidad civil; y 4) los costes de soportar el riesgo cuando las personas tengan aversión a él".

reducir los costes derivados del accidente⁶⁸⁰.

El legislador de 1994 ha considerado que la responsabilidad objetiva del fabricante es el sistema más adecuado para resolver el problema de los daños causados por sus productos defectuosos. Pero no se trata, como veremos, de una responsabilidad objetiva pura: existen determinados correctivos que impiden que ésta suponga una carga inaguantable para el productor. Se trata de vías que establecen la no responsabilidad parcial del fabricante: cuantificación de los daños, la relevancia de la culpa exclusiva de la víctima y las causas de exoneración de responsabilidad.

Si ya la configuración de la responsabilidad como objetiva sería un indicio para calificarla como imperativo (si se prescinde del paliativo que supone la exigencia de culpa, con más razón de la posibilidad de modificaciones convencionales), la imperatividad de la responsabilidad del productor queda patente en el artículo 14, que en una fiel transcripción del artículo 12 de la Directiva comunitaria, declara que:

"Son ineficaces frente al perjudicado las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil prevista en esta Ley".

El análisis de la norma ocupará nuestra atención en las páginas siguientes. No obstante, antes de penetrar en él, es necesario efectuar algunas precisiones sobre la nueva regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, para entender íntegramente el alcance de la prohibición del artículo 14.

2.1. Aspectos generales sobre la responsabilidad del fabricante en la Ley 22/1994.

El principio general inspirador del régimen impuesto por la Ley está determinado en el artículo 1:

⁶⁸⁰Cfr. GÓMEZ, F. y PASTOR, S., "El derecho de accidentes...", op.cit., p.529.

"Los fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen".

Se parte de un principio de responsabilidad objetiva⁶⁸¹. Los sujetos responsables

⁶⁸¹Otra cuestión es el tipo de responsabilidad (contractual o extracontractual) que la Ley regula, ya que la responsabilidad del fabricante puede enfocarse desde ambas perspectivas. En efecto, la responsabilidad por productos defectuosos ha sido tutelada en numerosas ocasiones desde las normas previstas para el saneamiento de vicios ocultos en la compraventa (art. 1485 y ss). No obstante, la reconducción de la acción al régimen citado poseía serios inconvenientes, cuyo origen estaba en la propia estructura de la acción de saneamiento, agravados por el corto plazo de prescripción de la acción (seis meses). Sin embargo, la jurisprudencia era proclive a permitir al comprador perjudicado por un producto el planteamiento de la acción siguiendo los cauces de los art.1101 y ss., esto es, acudiendo al régimen general de la responsabilidad contractual, prescindiendo del principio de especialidad, incluso de forma acumulativa con la de saneamiento. Este último recurso resultaba más beneficioso para el comprador porque, además de salvar los graves inconvenientes aludidos anteriormente, se prolongaba durante 15 años. Pero, una ojeada a la realidad pone de relieve la escasa tutela que puede conceder la acción de responsabilidad contractual en los supuestos de daños causados por productos defectuosos. Y ello porque el presupuesto para la invocación de los art.1101 y ss., es decir, que el usuario o consumidor del producto adquiera directamente el producto defectuoso del fabricante, es cada vez más improbable debido al complejo sistema de distribución en el que el mercado se apoya. Así las cosas, la lectura de la responsabilidad del fabricante bajo el artículo 1902, bajo los presupuestos de la responsabilidad extracontractual se hace imprescindible. La tutela del consumidor ha de ser mucho más amplia que la que el C.c. o, en el supuesto en que la compraventa se defina como mercantil, el C.co. prevén para el comprador. No obstante, no se ha descartado, sin más, el recurso a la responsabilidad contractual en el ámbito de los daños por productos e incluso, a veces, puede resultar más beneficioso para el perjudicado. Así, ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO (*La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1974), siempre teniendo como norte la acción de responsabilidad extracontractual, decía que "la finalidad perseguida -con la posibilidad contractual- no es la de sustituir el cauce extracontractual. Se trata simplemente de ofrecer a una determinada categoría de personas dañadas una tutela más eficaz, en concurrencia con la que se deriva de las normas que disciplinan la responsabilidad aquiliana". Además de la monografía de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, vid. ALCOVER GARAU, G., *La responsabilidad civil del fabricante...*, op.cit., p.22 y ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, op.cit., p.632 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y protección...*, op.cit., p.33 y ss. PARRA LUCÁN, M.A., *Daños por productos...*, op.cit., p.187 y ss.; "La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de responsabilidad. Estudio jurisprudencial", *Ar. Civ.*, 1995, nº2, p.12 y ss.; RICO PÉREZ, F., "La responsabilidad civil del productor en el Derecho español", en *R.D.P.*, 1978, I, p.269 y ss.; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil*, op.cit., p.707 y ss.

Llegados a este punto y comprobando la dualidad de perspectivas que asume la responsabilidad del fabricante, podemos plantearnos la cuestión de si la Ley 22/94 ha absorbido ambos regímenes o si únicamente ha reparado en la responsabilidad extracontractual. En principio, y como afirma la totalidad de la doctrina italiana (al respecto de su decreto que es muy similar), la responsabilidad es extracontractual. Así, ALPA, G., "Commentario all'art.12" en AA.VV., *La*

están vinculados directamente a los daños que causen sus productos defectuosos sin necesidad de que se aprecie en su conducta algún género de culpa, dolo o cualquier otro elemento subjetivo. Este principio ya implícito en el artículo 1, se confirma después en otras dos normas, a saber, en el artículo 5, donde no se hace referencia a la culpa del fabricante o importador entre las pruebas que tiene que acreditar el perjudicado para obtener la reparación, y en el artículo 6, regulador de las causas de exclusión de la responsabilidad, donde no se permite, como señala PARRA⁶⁸², al responsable eludir su responsabilidad si prueba que actuó con la diligencia debida.

El principio de responsabilidad objetiva ya palpitaba en la regulación de daños por productos anterior a la Ley compuesta, sobre todo, por los artículos 25 a 28 de la LCU⁶⁸³.

responsabilità per danno da prodotti difettosi, Milano, Giuffrè Ed., 1990, p. 261; BUSNELLI, F. y PONZANELLI, G., "La responsabilità del produttore tra legge speciale e Codice civile", en AA.VV., *Il danno da prodotti (In Italia, Austria, Repubblica Federale di Germania, Svizzera)*, a cura di S. Patti, Padova, Ed. Cedam, 1990, p.21 y ss., entre otros. La doctrina española, sin embargo, no se muestra tan rotunda. Así, BERCOVITZ ("La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades europeas de 25 de julio de 1985", en *Estudios jurídicos sobre protección...*, op.cit., p.263) declaró, a la luz de la regulación de la directiva, que ésta "prescinde de toda preocupación dogmática por encuadrar la responsabilidad que establece dentro del campo contractual o extracontractual. Lo que resulta claro es que, junto con casos evidentes de responsabilidad extracontractual, contempla otros en los que el perjudicado y el sujeto responsable se encuentran previamente relacionados por un contrato. Tal es el supuesto del suministrador final o minorista, al que se refiere el artículo 3º, párrafo 3º, cuando la víctima del daño es quien adquirió el producto defectuoso". Por su parte, PARRA LUCÁN (*Daños por productos...*, op.cit., p.561), comenta que "la Directiva prescinde del hecho de que entre la víctima y el productor exista una relación contractual. Ello no significa que no exista en ningún caso, sino que protege de igual modo a quien adquiere el producto que causa el daño como a quien sin haberlo adquirido lo utiliza [...]. Ello no significa sin más que estemos ante un régimen de responsabilidad extracontractual, porque, en ocasiones, puede mediar una relación contractual entre la víctima y el sujeto eventualmente responsable".

⁶⁸²PARRA LUCÁN, M.A., "Ámbito de protección de los daños por productos (Sistema y naturaleza de la responsabilidad civil prevista en la Ley 22/1994)", *Inuria. R.R.C.S.*, nº5, 1995, p.25.

⁶⁸³Ésta es la razón aducida por PARRA LUCÁN ("Ámbito de protección de los daños...", op.cit., p.14) por la que a diferencia de lo que ocurrió con Francia, la Comisión de la C.E.E. no denunciara a España por la no transposición de la Directiva en el tiempo previsto. "Posiblemente porque se ha venido pensando que el Capítulo VIII de la LCU no se encontraba excesivamente alejado de la Directiva 85/374, sobre todo si es interpretado de acuerdo con ella".

Estas normas, que han sido derogadas parcialmente con la entrada en vigor de la nueva Ley⁶⁸⁴, aglutinan un doble régimen de responsabilidad. Por un lado, los artículos 26 y 27 establecen el régimen general de carácter subjetivo, con la particularidad de la inversión de la carga de la prueba. Por otra parte, el artículo 28, de clara inspiración objetiva, instituye una regulación más estricta para determinados productos. La dualidad de regímenes no es, sin embargo, aceptada por toda la doctrina⁶⁸⁵. Las imprecisiones, contradicciones y oscuridades a las que llevan los preceptos mencionados han promovido diversas interpretaciones sobre el sistema de responsabilidad que tales normas consagran. En este sentido, BERCOVITZ⁶⁸⁶, defiende la tesis unitaria, insistiendo en el hecho de que en realidad el capítulo VIII de la LCU establece un régimen general de responsabilidad objetiva.

Sin entrar a discutir sobre la bondad de una y otra tesis, se advierte, en todo caso, que la tendencia objetivadora era ya reconocida en la regulación anterior a la Ley sobre responsabilidad derivada de productos defectuosos. No obstante, este reconocimiento perdía - y pierde - gran parte de su virtualidad por la deficiente regulación de algunos aspectos básicos para la aplicación correcta de la regla. Como advierte CAVANILLAS refiriéndose a la LCU, "la Ley contiene una declaración explícita de responsabilidad independiente de toda culpa

⁶⁸⁴La Disposición final 1ª de la Ley dispone que: "*Los artículos 25 a 28 de la Ley 26Ç/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, nos serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la presente Ley*". No obstante, más que una derogación se produce un desplazamiento de las reglas de la LCU en el específico supuesto de la Ley del 94, porque son muchas las hipótesis de daños por productos que deben aún solventarse por las reglas tradicionales de responsabilidad, a las que, además, habrá que echar mano en demandas ventiladas por la Ley del 94 en orden a la indemnización de ciertos daños que esta Ley, como veremos, no cubre. (Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., "La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de responsabilidad...", op.cit., pp.14-16).

⁶⁸⁵Entre los partidarios del doble régimen de responsabilidad: ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad...*, op.cit., p.654 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y protección...*, op.cit., p.33 y ss.; GÓMEZ CALERO, J., *Los derechos de los consumidores y usuarios*, op.cit., p.119; PARRA LUCÁN, M.A., *Daños por productos...*, op.cit., p.461 y ss.; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, op.cit., p.760 y ss.

⁶⁸⁶BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario al capítulo VIII de la LCU", en AA.VV., *Comentarios a la LCU*, op.cit., p.663, y "La Ley de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, T.III, p.2742.

pero adolece [...] de inconcreción en cuanto a los más importantes problemas puntuales que la responsabilidad por el daño de productos plantea que la Ley desconoce: concepto de defecto, riesgos de desarrollo, prescripción y un largo etcétera"⁶⁸⁷.

Pero lo más significativo es que la jurisprudencia anterior a la Ley del 94 se había convencido de la necesidad de proteger a la víctima del daño de forma efectiva y se había empapado de los criterios objetivizadores, ya por aplicación de las normas de la LCU⁶⁸⁸, ya, en la mayor parte de los supuestos, mediante una interpretación muy favorable -para las víctimas- del artículo 1902, llegando, en la práctica, como subraya GÓMEZ LAPLAZA, a soluciones similares a las que se obtendrían con un sistema de responsabilidad objetiva⁶⁸⁹.

Así las cosas, la Ley del 94 no va a suponer una innovación en cuanto a la declaración de la responsabilidad objetiva para los supuestos de daños por productos

⁶⁸⁷CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y protección...*, op.cit., p.44.

⁶⁸⁸Buena muestra de ello son las SAP Valencia de 23 octubre 1989 y SAP Bilbao 15 enero 1990, ambas objeto de comentario por R. BERCOVITZ en *Poder Judicial*, nº20, 1990, p.69 y ss., y en las que, en palabras del comentarista, se pone de relieve "la necesidad de proteger al consumidor y, consecuentemente, la oportunidad de aplicar a este tipo de accidentes las reglas de la responsabilidad objetiva, lo que se consigue, o bien ampliando el ámbito de aplicación del art.28 LCU o bien reconociendo que el art.27 establece también una responsabilidad objetiva -tesis defendida por este autor-, o bien "objetivando" la hipotética responsabilidad subjetiva de ese art.27 a través del expediente [...] consistente en considerar que si las garantías adoptadas para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela que algo falta por prevenir y que no se hallaba completa la diligencia" (p.73). Asimismo la STS 23 de mayo 1991 (A.3784), establece una responsabilidad objetiva para los daños producidos por productos alimenticios hasta determinado límite cuantitativo siempre que el daño se haya originado en el correcto uso y consumo de los bienes; la STS 19 de diciembre 1994 (A.9429) consagra la responsabilidad objetiva en daños producidos por productos pirotécnicos acudiendo al "artículo 28 de la LCU en relación con la Directiva de la Comunidad Europea de 25 de julio de 1985" (F.J.3º). En la misma línea, STS 3 de octubre de 1991 (A.6902); STS 26 de junio 1993 (A.5380); SAP Vizcaya 6 de mayo 1994 (Ar.Civ. 801); SAP Toledo 13 de mayo 1994 (Ar.Civ.892); SAP Orense 1 de mayo 1994 (Ar.Civ.895); SAP Valencia 3 de octubre 1994 (Ar.civ.1735) y SAP Valladolid 21 de octubre 1994 (Ar.Civ.1744).

⁶⁸⁹GÓMEZ LAPLAZA, M.C. y DÍAZ ALABART, S., "Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", A.C., nº25, 1995, p.533. Así, mediante el expediente de la inversión de la carga de la prueba -el perjudicado prueba el daño sufrido y ha de ser el fabricante el que debe probar que ha actuado con la debida diligencia para exonerarse de la responsabilidad- se logra un amparo muy efectivo de las víctimas.

defectuosos, que, de una forma u otra, latía tanto en la legislación como en la jurisprudencia anterior a ella, pero sí va a representar una mayor seguridad jurídica⁶⁹⁰ y una más precisa descripción del hecho generador de responsabilidad y de las demás circunstancias de la relación indemnizatoria. En fin, "el "impacto" que sobre nuestro ordenamiento va a suponer la nueva Ley no deberá medirse, pues, en grados de objetivación de la responsabilidad, sino más bien desde otros parámetros [...], desde el nivel de clarificación de los hechos constitutivos y de las circunstancias impositivas y exoneratorias de la acción de responsabilidad"⁶⁹¹.

Ahora bien, la responsabilidad del fabricante a pesar de ser objetiva no es una responsabilidad absoluta⁶⁹². Ésta resulta sensiblemente limitada desde varias perspectivas diferentes.

El fabricante podrá exonerarse de responsabilidad cuando acredite que su conducta está enmarcada dentro de alguno de los supuestos del artículo 6. Se trata de una enumeración taxativa de causas en virtud de las cuales el fabricante o, en su caso, el importador quedan

⁶⁹⁰Como recuerda GÓMEZ LAPLAZA ("Responsabilidad civil por los daños causados...", op.cit., p.533) la jurisprudencia ha tenido que forzar el criterio de responsabilidad subjetiva del 1902 para cubrir el ámbito de los daños por productos, lo cual "ha obligado a hacer un abusivo recurso de las presunciones", por lo que "el grado de inseguridad a que ello conduce puede y debe superarse con la aplicación de la nueva Ley".

⁶⁹¹PASQUAU LIAÑO, M., "La noción de defecto a efectos de la responsabilidad civil del fabricante...", op.cit., p.84.

⁶⁹²El carácter no absoluto de la responsabilidad de la Ley -ya confirmado en su Exposición de Motivos- ha suscitado dudas acerca de la naturaleza objetiva de la misma. En este sentido, GÓMEZ CALERO (*Responsabilidad civil por productos...*, op.cit., p.37) considera que "no sería exacto afirmar que el elemento de la culpabilidad es enteramente ajeno al sistema de responsabilidad civil establecido en la Ley de 6 de julio de 1994". Así, "es posible sostener la tesis de que estamos ante una responsabilidad que es fundamentalmente objetiva (por cuanto la sola probanza de haber actuado con la diligencia debida no figura entre los motivos legales de exención de responsabilidad pero que no lo es en términos absolutos [...]) Podríamos hablar, por tanto, de una responsabilidad *cuasi objetiva*". En el mismo sentido, se habían pronunciado, REYES LÓPEZ, M.J., "Algunas reflexiones sobre el Derecho de consumo...", op.cit., p.36 y SOTOMAYOR GRIPPINI, J.M., "La nueva Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", *R.E.S.*, julio-septiembre, 1994, p.73.

relevados de responsabilidad por los daños que haya originado su producto⁶⁹³. Ofrece especial interés la contemplada en el apartado e), denominada habitualmente "riesgos del desarrollo". Bajo esta expresión se invoca "la situación que se produce cuando el desarrollo científico y tecnológico posterior a la puesta en circulación en el mercado de un producto permite descubrir que era defectuoso y que su uso ha venido causando daños entre los consumidores"⁶⁹⁴.

La atipicidad e imprevisibilidad, características de los riesgos del desarrollo, auguran la problemática que existe en los sistemas de responsabilidad en cuanto a su atribución subjetiva. En otras palabras, la cuestión radica en averiguar quién ha de soportar tales riesgos: el fabricante o el consumidor. Se han expuesto argumentos en uno y otro sentido. Por un lado, los que sostienen la exoneración del fabricante en esos casos aluden a la dificultad de calcular y, consiguientemente, de asegurar los riesgos, añadiendo, a su vez, que la asignación de los riesgos del desarrollo al empresario frenaría el desarrollo de

⁶⁹³El artículo 6 prescribe que "el fabricante o el importador no serán responsables si prueban: a) que no habían puesto en circulación el producto; b) que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto; c) que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado o suministrado en el marco de una actividad profesional o empresarial; d) que el efecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a las normas imperativas existentes; e) que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto".

Aunque hemos convenido en tratar únicamente el apartado e), todas las causas enumeradas resultan problemáticas a la hora de su interpretación. Interrogantes como ¿qué se entiende por puesta en circulación de un producto?, ¿cuál va a ser el grado de certeza en la presunción del apartado b)? ¿es la exoneración total de responsabilidad la consecuencia de la concurrencia de alguna de estas causas?, pueden plantearse sin un excesivo esfuerzo analítico. Sobre estas cuestiones y otras, vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., "Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/94 de 6 de julio", *Iniuria.R.R.C.S.*, nº5, 1995, p.41 y ss. Señalar únicamente que con respecto a la consecuencia de la concurrencia de alguna de estas causas, cree CAVANILLAS ("Las causas de exoneración...", op.cit.) que lo único que determinan es la exoneración respecto a la responsabilidad objetiva de la Ley, pero no exoneran al fabricante de la responsabilidad subjetiva que pueda imputársele a través de la legislación común, conclusión lógica a la luz del art.15 de la Ley: "Las acciones reconocidas en esta Ley no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante, importador o de cualquier otra persona".

⁶⁹⁴PARRA LUCÁN, M.A., *Daños por productos...*, op.cit., p.390.

determinadas industrias por temor a la producción de daños muy cuantiosos⁶⁹⁵.

Desde otra perspectiva, quienes se muestran partidarios de imputar al fabricante los riesgos del desarrollo, asumen como lógico corolario la responsabilidad de aquel toda vez que "es el fabricante el que obtiene los beneficios por la fabricación y venta del producto"⁶⁹⁶.

Durante la tramitación de la Directiva comunitaria estalló la guerra entre los defensores de ambas tesis. Por temor al bloqueo de la situación se llegó a una situación conciliadora. Se excluía a los empresarios de los riesgos del desarrollo pero se otorgaba cierta libertad a los Estados para que adoptaran la solución contraria en el momento de la adaptación a sus respectivos ordenamientos jurídicos. El legislador español no modificó el principio comunitario. El apartado e) de la Ley considera exonerado al fabricante o importador si prueban "*que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto*".

Como contrapartida, la norma contiene una excepción de extraordinaria importancia. El párrafo tercero del art.6 declara ineficaz el apartado e) cuando los daños sean producidos por "*medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano*". La razón de esta exclusión puede ser doble. En primer lugar, se trata de daños ante los que la opinión pública es especialmente sensible (casos como los del aceite de colza o la talidomida han dejado una profunda huella), y requieren una amplia protección del consumidor, relegando a un segundo plano los intereses de los fabricantes. En segundo término, la atipicidad característica de los riesgos del desarrollo -argumento para su no atribución a los fabricantes- no se da en estos productos. Como señala CAVANILLAS, "que en tales productos existe un riesgo típico de efectos secundarios hoy por hoy nadie puede

⁶⁹⁵Cfr. CARNEVALI, U., *La responsabilità de produttore*, op.cit., p.380. En el mismo sentido, CAVANILLAS MÚGICA, S., "Las causas de exoneración...", op.cit., p.51 y ss.

⁶⁹⁶DE ANGEL YAGÜEZ, A., "Responsabilidad por los daños causados por productos y servicios defectuosos. Su aseguramiento", ponencia presentada en el *Seminario sobre Responsabilidad civil y Seguro*, UIMP, Santander, julio 1994.

desconocerlo"⁶⁹⁷. La dimensión del riesgo puede ser desconocida pero su existencia no lo es.

En íntima conexión con lo precedente, la responsabilidad del fabricante o importador puede asimismo limitarse en función de la concurrencia de culpa por parte del perjudicado por el producto defectuoso. Amparándose en la teoría de la compensación de culpas, el artículo 9 admite que en caso de que pueda apreciarse culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente, la responsabilidad inicial se reducirá o suprimirá en función de las circunstancias del caso, atendiendo bien a la mayor o menor reprochabilidad del agente, bien a la mayor o menor trascendencia de su conducta en el nexo causal⁶⁹⁸.

También la responsabilidad objetiva se halla restringida desde una óptica temporal. El artículo 13 prevé un plazo máximo de duración de la responsabilidad, que será de diez años a contar desde el momento en que el producto causante del daño se hubiere puesto en circulación. Como señala la propia Exposición de Motivos, "se trata de un período de tiempo razonable si se tiene en cuenta el ámbito de aplicación del proyecto que se circunscribe a bienes muebles, al gas y a la electricidad", razonabilidad que se entiende si se advierte, como señala BERCOVITZ, que "muchos de los productos de consumo, incluso los de consumo duradero [...] tienen un plazo inferior de utilización / amortización"⁶⁹⁹. A ello se le añade la dificultad de prueba que existiría si se prolongase indefinidamente en el tiempo la responsabilidad⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y protección...*, op.cit., p.189.

⁶⁹⁸Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S., "Las causas de exoneración...", op.cit., p.55.

⁶⁹⁹BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La adaptación del Derecho español...", op.cit., p.85.

⁷⁰⁰Sin embargo, como reconoce también el autor citado, la fijación del plazo de diez años puede crear situaciones de verdadera desprotección. En este sentido, a título de ejemplo, podrían mencionarse los materiales de construcción a los que se les suelen advertir los defectos muy a largo plazo.

Por último, la responsabilidad del fabricante asume un límite ulterior, de carácter cuantitativo. La cifra máxima por la que el fabricante o importador ha de responder se sitúa, según el artículo 15, en diez mil quinientos millones de pesetas. Este límite cuantitativo opera únicamente en los supuestos en que los daños sean provocados por productos idénticos que presenten el mismo defecto. El legislador español se ha servido así de la facultad que le ofrecía la Directiva en orden a introducir un límite global a la reparación de los daños.

En principio, la regla inspiradora de la norma comunitaria era la de responsabilidad ilimitada; pero presiones de los productores condujeron a la actual redacción del artículo 15, donde se posibilitaba la limitación del montante indemnizatorio. A los intereses empresariales se unen otras dos razones de gran peso. En primer lugar, está comúnmente extendido que todo sistema de responsabilidad civil que prescinde de la culpa del agente debe necesariamente establecer un límite a su obligación de reparar los daños. En segundo lugar, la Comisión comunitaria tenía la intención de adoptar la regla de atribución a los fabricantes de los riesgos del desarrollo. En la medida en que esta regla se adoptase, se estimaba obligatorio limitar el *quantum* indemnizatorio⁷⁰¹.

La responsabilidad prevista en la Ley posee como hecho generador los daños provocados por productos defectuosos. Esta idea nos lleva al examen de dos cuestiones axiales en la regulación positiva: cuáles son los productos incorporados al nuevo régimen legal y qué se debe entender por producto defectuoso.

Ambas cuestiones se resuelven en los artículos 2 y 3 de la Ley, respectivamente. El primer precepto mencionado determina el concepto legal de producto expresando que:

"1. A los efectos de esta Ley, se entiende por producto todo bien mueble, aún cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, excepto las materias primas agrarias y los productos de la caza y de la pesca que no hayan sufrido transformación inicial.

⁷⁰¹Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., *Daños por productos...*, op.cit., p.574.

2. Se consideran productos el gas y la electricidad."

La Ley maneja un concepto amplio de producto que gira en torno a su calificación como bien mueble. No utiliza, por tanto, la noción de bienes de consumo para definir los productos lo cual va a posibilitar la incorporación al ámbito de aplicación de la norma de los llamados bienes de producción, en lógica coherencia con el sujeto protegido por la Ley, que no es el consumidor sino el perjudicado por el producto. Excluye, no obstante, de forma expresa, las materias primas agrarias, ganaderas y pesqueras, declinando la posibilidad ofrecida por la Directiva de incluirlas en el concepto de producto⁷⁰².

La delimitación legal de lo que se entienda por defecto y, por consiguiente, por producto defectuoso no resulta tan nítida a la luz del artículo tercero de la Ley, pese a ser el concepto fundamental en la atribución de la responsabilidad al fabricante, en ausencia de criterios subjetivos de imputación de la misma. La delimitación del "defecto" se obtiene a *contrario sensu* de la noción de "seguridad que cabría legítimamente esperar" del producto en cuestión. Así, cuando esta seguridad se vea perturbada, el producto, "teniendo en cuenta todas las circunstancias, y especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible

⁷⁰²El artículo 15 de la Directiva, según el cual cada Estado miembro podrá "disponer en su legislación que a los efectos del art.1 de la Directiva, por producto se entienda también las materias primas agrícolas y los productos de la caza", cobra sentido en base a la consideración de que, en ciertos Estados, la exclusión de estas materias "puede interpretarse como una restricción injustificada de la protección de los consumidores" (Considerando de la Directiva). El hecho de que la Directiva no incluya en el art.1 tales materias puede estar, como señala REGLERO CAMPOS ("Una aproximación a la Ley 22/94, de 6 de julio, de responsabilidad civil por productos defectuosos", *Iniuria*. R.R.C.S., nº3, 1994, p.41), en que la reglamentación comunitaria traspuesta por la Ley "quiere aplicar el criterio de responsabilidad objetiva únicamente a los daños causados por bienes inmuebles producidos industrialmente, puesto que el fin que persigue la Directiva es la protección del consumidor fundamentalmente frente al fabricante en serie". Sin embargo, como señala el citado autor, al lado esta consideración puede esconderse "el deseo de librar a estos sectores de la producción, especialmente problemáticos para la Comunidad, de la carga financiera derivada de la aplicación de la Directiva". Sin embargo, hay que mencionar que recientemente (11-7-1996) el Comité Económico y Social de la CE ha aprobado un dictamen sobre las prioridades en política de consumidores para el período 96-98, en el que se recomienda ampliar el alcance de la Directiva del 85, con el fin de acoger los productos agrarios, estableciendo unas condiciones mínimas de protección de los consumidores de tales servicios (Cfr. Bol. UE 7/8, 1996, p.97).

del mismo y el momento de su puesta en circulación", se considerará defectuoso⁷⁰³.

De esta forma, el producto defectuoso se define desde una perspectiva negativa: será defectuoso aquel producto que no cumpla "las condiciones de seguridad a las que tiene derecho el gran público"⁷⁰⁴. La adaptación del producto al fin para el que se adquirió pasa a un segundo plano, ya que como dice el sexto considerando del Preámbulo de la Directiva el carácter defectuoso no debe determinarse por su falta de aptitud para su uso.

La seguridad que legítimamente cabe esperar ha de valorarse desde una óptica objetiva, desde la óptica, como indica PARRA LUCÁN⁷⁰⁵ del consumidor normal, excluyendo, por otra parte, "cualquier uso abusivo del producto que no sea razonable a las circunstancias"⁷⁰⁶.

⁷⁰³Como ha señalado PARRA LUCÁN ("La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de responsabilidad...", op.cit., pp.12 y 13), "lo que individualiza a los llamados daños por productos es el tipo de defecto (en cuanto falta de seguridad) del que adolece el producto", y no "el tipo de daño producido". Por ello, y en base a esta aclaración, "quedan fuera de los llamados "daños por productos", los daños ocasionados por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de un contrato cuando la cosa se entrega con vicios o defectos en el sentido tradicional recogido en nuestro Código civil y de comercio, y no en el sentido de falta de seguridad".

⁷⁰⁴Sexto considerando del Preámbulo de la Directiva del 85.

⁷⁰⁵PARRA LUCÁN, M.A., *Daños por productos...*, op.cit., p.509. REGLERO CAMPOS ("Una aproximación a la Ley 22/94...", op.cit., p.53) añade que la expresión de "seguridad que legítimamente cabe esperar" resulta claramente indeterminada y va a implicar una indagación casuística dirigida al producto en concreto, lo que, de otro lado, incorporará una "cierto margen de inseguridad al establecer presupuestos subjetivos dentro de un sistema objetivo de responsabilidad". Por su parte, DÍEZ DE LEZCANO ("La responsabilidad del productor...", op.cit., p.779), extrae ciertas pautas de la doctrina a la hora de determinar cuándo un producto es defectuoso. Así, la causa del defecto puede obedecer: a) "a una inseguridad implícita en la concepción del producto", como consecuencia de un error en cualquiera de las fases de su elaboración; b) "a una inseguridad manifestada en el proceso de fabricación del producto", que sólo afectaría a algún producto de la serie; c) "a una inseguridad manifestada en el uso del producto por el usuario", uso que si es ciertamente anómalo o irregular puede determinar la exoneración del fabricante; y d) "a una inseguridad implícita en el producto, independientemente de los vicios en la concepción, en la producción o en la utilización del mismo".

⁷⁰⁶Sexto considerando de la Directiva. Puede entenderse por uso abusivo aquél tan alejado del que es apropiado al destino habitual del producto y tal excepcional que no resulta previsible razonablemente ni para un fabricante objetivamente considerado ni para un destinatario objetivo del producto. Cfr. SOLÉ i FELIU, J., "El concepte de defecte en la Llei de responsabilitat per productes

Asimismo, el parámetro "seguridad" podrá estimarse atendiendo a la "*seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie*", ya que, en todo caso, y según el párrafo segundo del artículo 3, el producto será defectuoso si no la alcanza. No obstante, "*un producto no podrá ser considerado defectuoso por el sólo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada*" (art. 3 *in fine*)⁷⁰⁷.

Por último, para finalizar esta breve exposición sobre la Ley 22/94, esbozamos una serie de puntos claves que completan el régimen legal:

- Los sujetos responsables son el fabricante y el importador, en su caso, del producto terminado y, en el supuesto de que el fabricante no pueda ser identificado, el suministrador, a menos que en tres meses indique al dañado la identidad del fabricante (y excepto que el suministrador conociera la existencia del defecto en el producto, esto es, procediera con dolo⁷⁰⁸). Además la Ley prevé la posibilidad de que sean demandados el

defectuosos", *R.J.C.*, 1995/4, p.965.

⁷⁰⁷En definitiva, y en palabras de PASQUAU LIAÑO ("La noción de defecto a efectos de la responsabilidad civil del fabricante por daños ocasionados por productos defectuosos", *Iniuria.R.R.C.S.*, n°5, 1995, p.99), un producto será defectuoso "cuando la producción del daño, en las condiciones concretas en que se produjo, puede valorarse como sorpresivo para un sector no insignificante del tipo de consumidores normalmente destinatarios del productor, pudiendo objetivamente apreciarse que, respecto de ellos, el daño debe imputarse más al proceso de fabricación y comercialización del producto que a la falta de prevenciones del perjudicado".

⁷⁰⁸La excepción, legalmente prevista en la Disposición adicional única que dice: "*El suministrador del producto defectuoso responderá, como si fuera el fabricante o el importador, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el suministrador podrá ejercitar la acción de repetición contra el fabricante o el importador*", ha sido calificada por DÍAZ ALABART ("Responsabilidad civil por los daños causados por productos...", *op.cit.*, p.539) como norma "carente de sentido", "inútil" y "perturbadora", en tanto que además de no añadir nada - "el suministrador que conoce que un producto es defectuoso es responsable casi con certeza conforme a las reglas generales del Código penal, y desde luego conforme a las del Código civil"- inyecta oscuridad en una Ley que prescinde de conotaciones subjetivas: "¿qué sentido tiene hablar de comportamientos dolosos en una ley en la que la culpa, y por tanto su gravedad, no se toma en consideración?".

fabricante de cualquier elemento intergrado en el producto, de la materia prima del mismo⁷⁰⁹ y el denominado "fabricante aparente"⁷¹⁰. En cualquier caso, las personas responsables, que habrán de tener la condición de profesionales⁷¹¹, según esta Ley lo serán

⁷⁰⁹Este extremo -responsabilidad del fabricante parcial- ha sido tenido ya en cuenta por la SAP Valladolid 21 de octubre 1994 (A.1744) que señala que: "es evidente que el concepto de fabricante de productos [...] no cabe ser interpretado en la realidad industrial y comercial actual y en el ámbito de la responsabilidad civil aquí exigida, en un sentido estricto y circunscrito al empresario que elabora el producto final y terminado, sino que también cabe extenderlo al que fabrica una parte componente del producto, interpretado acorde con la letra y el espíritu de la Directiva comunitaria de 25 de junio de 1985, reguladora de la responsabilidad por daños ocasionados por productos defectuosos, y la reciente Ley de fecha 6 de julio de 1994 [...]. Incluso dentro de esta "ratio" interpretativa, tampoco sería extraña la extensión de este mismo concepto a quien aporta al producto su patente, fórmula de composición y el método de fabricación como una parte inmaterial del mismo" (F.J.3º). Se ha inclinado a esta posibilidad FERNÁNDEZ LÓPEZ ("Responsabilidad civil por productos...", op.cit., p.39) al incluir dentro del ámbito de los sujetos responsables tanto al que realiza los controles de seguridad y calidad de los productos fabricados por otro como a quien proporciona la patente, "toda vez que el que controla la calidad crea la confianza en el consumidor, y los otros realizan una aportación de un elemento integrante del producto, aunque sea inmaterial".

⁷¹⁰Con la integración del fabricante aparente (aquel que "se presente al público como fabricante, poniendo su nombre, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o de presentación" -art.4.1.d-) en el concepto legal de fabricante y su asimilación, a efectos de exigir responsabilidad con aquél, independientemente de que efectivamente haya fabricado el producto se pretende facilitar al perjudicado su reclamación sin imponerle la carga de averiguar quién es el verdadero fabricante, pero, sobre todo, se intenta "imputar el riesgo derivado de un producto a quien se beneficia con el mismo (aplicación del conocido principio *eius commoda, eius incommoda o ubi emolumentum ibi onus*)": REGLERO CAMPOS ("Una aproximación a la Ley 22/94...", op.cit., p.45). Sobre la trascendencia del principio *eius commoda, eius incommoda*, vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y protección...*, op.cit., p.108 y ss.

⁷¹¹La condición de profesionales, ha de calificar a quienes son los legitimados pasivos de esta Ley. El requisito de la profesionalidad no se exige de modo explícito para el fabricante -sí en cambio para el importador quien, según el artículo 4.2, es referido "en el ejercicio de su actividad empresarial"- . No obstante, esta exigencia se deduce de algunos artículos. En este sentido, el apoyo positivo más significativo es el artículo 6.1.c) el cual exonera de responsabilidad al fabricante, productor, suministrador e importador, si el producto no es producido, comercializado o suministrado "para la venta o cualquier tipo de finalidad económica" y "en el marco de una actividad profesional o empresarial". Asimismo, la noción de "*puesta en circulación*" del art.6.1a), sirve a ATAZ LÓPEZ ("La legitimación pasiva en la Ley 22/94 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", *Iniuria. R.R.C.S.*, nº5, 1995, p.62) para justificar el carácter profesional que ha de revestir al fabricante porque "puesta en circulación es un concepto que implica una producción más o menos masiva y habitual, dirigida explícitamente al mercado", aunque el autor reconoce que la exigencia de aquel carácter se desprende "de la finalidad de la ley y de la directiva de la que ésta nace". De esta forma, concluye ATAZ, "habría que excluir al "fabricante ocasional", al "inventor casero" o a la persona que artesanalmente y no habitualmente elabora un determinado producto para

solidariamente, en virtud del artículo 7.

- Está legitimado activamente para obtener la reparación de los daños causados por un producto defectuoso el perjudicado por el mismo, tenga o no la condición de consumidor, y al margen de la de adquirente. Se produce, por lo tanto, una ampliación de la legitimación activa con respecto a la anterior regulación de los artículos 25 a 28 de la LCU. La LCU giraba en torno a la figura del consumidor; la Ley actual abre sus puertas a sujetos que no estarían incluidos en un concepto estricto de consumidor, que es el adoptado por la LCU. De esta manera, el profesional queda amparado por la Ley, siempre que tenga la condición de víctima, así como el denominado, en la doctrina anglosajona, *bystander*, aquél que sin haber usado o consumido directamente el producto sufre accidentalmente las consecuencias dañosas.

- Los daños indemnizables por la Ley son especificados en el artículo 10, englobando la muerte, los daños corporales -entre los que se incluyen, a juicio de DÍAZ ALABART⁷¹², las lesiones físicas y psíquicas-, así como los daños ocasionados a cosas distintas del propio producto "siempre que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privados y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el perjudicado". La indemnización de los daños morales seguirá el cauce previsto en la legislación ordinaria⁷¹³.

su posterior enajenación, supuesto éste en el que la responsabilidad por los defectos de la cosa se debería regir por las normas generales, y venir basada en una culpa probada de la víctima". Sobre este extremo, vid. también GÓMEZ CALERO, J., *Responsabilidad civil por productos...*, op.cit., p.75.

⁷¹²DÍAZ ALABART, S. y GÓMEZ LAPLAZA, M.C., "Responsabilidad civil por los daños causados...", op.cit., p.536.

⁷¹³El artículo 10.2 prescribe: "*Los demás daños y perjuicios, incluidos los morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil*". Este artículo ha sido duramente criticado por BERCOVITZ ("La Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", op.cit., p.2749) por innecesario- "no añade nada a lo que cualquier intérprete [...] entendería aunque el mismo no existiese"- y por perturbador e impreciso en tanto que "la referencia expresa a la legislación civil, en vez de a la legislación o al resto del ordenamiento en general, limita injustificadamente la remisión".

2.2. Análisis del artículo 14: prohibición de las cláusulas exoneratorias y limitativas de responsabilidad.

En páginas precedentes se constató ya la peculiar naturaleza de la responsabilidad que impone la Ley 22/94 para los fabricantes por los daños causados por sus productos defectuosos, naturaleza que se define, sobre todo, por su carácter objetivo que implica prescindir de la culpa del agente. Si esto es así, si la responsabilidad se califica desde parámetros objetivos, existiría un indicio acerca del carácter imperativo de la responsabilidad y, por consiguiente, acerca de la inviabilidad de los pactos de exoneración o limitación de aquélla⁷¹⁴.

⁷¹⁴Indicio que PONZANELLI ("Commento all'art.12", en AA.VV., *Commentario al d.P.R.*, n.224/1988, a cura di R. Pardolesi, 1989, p.642) eleva a la relación de necesidad: "la afirmación de la plena ilegitimidad de las cláusulas de exoneración se presenta como la necesaria consecuencia de la responsabilidad objetiva fijada a cargo del fabricante por el bien de consumo defectuoso". También GORASSINI (*Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Milano, Giuffré Ed., 1990, p.273 y ss.) incide sobre este particular al señalar, a propósito del artículo 12 del decreto italiano, que tal norma es la directa consecuencia de la estructura de la responsabilidad del productor: "*la responsabilità si fonda su una sovrapposizione di qualificazione giuridica dei fatti e perché questa possa giuridicamente esistere [...] deve limitarsi l'autonomia contrattuale*". Como explicación a la oportunidad de estas manifestaciones se debe señalar que el artículo 12 del Decreto legislativo que llevó a cabo la adaptación de la Directiva comunitaria del 85 sobre responsabilidad por productos defectuosos al derecho italiano, se expresa en semejantes términos que el artículo 14 de la Ley española: "*È nullo qualsiasi patto che escluda o limiti nei confronti del danneggiato, la responsabilità prevista nel presente decreto*".

Esta es la ocasión, asimismo, para comentar que esta norma se repite en los ordenamientos que han llevado a cabo la trasposición de la Directiva. Así, la *Produkthaftungsgesetz* alemana, de 1989, reproduce el artículo 12 de la norma comunitaria en su parágrafo 14. El Proyecto de Ley francés de 1990, que tiene previsto incorporar al artículo 1386 dieciocho apartados bajo el título "*De la responsabilité du fait du défaut de sécurité des produits*" siguiendo fielmente las líneas establecidas en la Directiva, prohíbe asimismo las cláusulas exoneratorias o limitativas de la responsabilidad por productos defectuosos. Asimismo otras leyes de países comunitarios han reproducido básicamente la Directiva del 85: Ley belga de 25 de febrero de 1991; la Ley portuguesa de 26 de noviembre de 1989; y la Ley británica de 15 de mayo de 1987. Fuera ya del marco comunitario, la *Produkthaftungsgesetz* austriaca de 21 de enero de 1988 se separa del modelo europeo al consentir, expresamente, en su artículo 9 las cláusulas exoneratorias o limitativas de la responsabilidad derivadas de daños materiales, nunca personales, y frente a los empresarios. En este sentido, vid. respectivamente, HOLOCH, G., "Prospettive di evoluzione della responsabilità del produttore nel diritto tedesco", en AA.VV., *Il danno da prodotti*, op.cit., p.263 y ss.; POSCH, W., "La nuova legge austriaca sulla responsabilità da prodotto", en AA.VV., *Il danno da prodotti*, op.cit. p.241 y ss.; PADOVINI, F., "La legge austriaca sulla responsabilità da prodotto", en AA.VV., *Il danno da prodotto*, op.cit., p.253 y ss.; TERRÉ, F., SIMLER, P. y LEQUETTE, Y., *Droit civil*, op.cit., p.720 y ss.; MALINVAUD, P.: *Droit des obligations*, op.cit., p.306; FLOUR, J. y AUBERT, J.L.:

Sea como fuere, el artículo 14 de la Ley manifiesta nítidamente la imperatividad de la Ley prohibiendo con carácter general toda cláusula que excluya o limite la responsabilidad del fabricante frente al perjudicado, que como ya hemos advertido, no se equipara al consumidor en su calidad de adquirente sino que abarca a su vez la categoría del *bystander*.

Pero la sanción de nulidad que se extiende a las cláusulas restrictivas de responsabilidad frente a los perjudicados por los daños no significa que tales cláusulas, en caso de que existan, carezcan de efecto alguno en el proceso indemnizatorio. Es decir, el tenor literal del precepto declara ineficaces aquellas cláusulas frente a los perjudicados por el producto, lo cual implícitamente indica que estas convenciones pueden afectar a otras personas distintas del perjudicado.

En efecto, la gran amplitud que la expresión sujeto responsable tiene a los efectos de la Ley del 94, que abarca, como hemos visto, al importador, al fabricante -que engloba, asimismo, al fabricante del producto terminado de cualquier elemento integrado en él, de la materia prima y al productor aparente- e incluso al suministrador, en los supuestos en que se desconozca la identidad de aquél, nos da idea de la multiplicidad de posibles demandados contra los que puede reclamar el perjudicado por un determinado producto. Si a ello sumamos la circunstancia de que la responsabilidad legal es solidaria, según el art.9, comprenderemos que al lado de la reclamación de la víctima cobra extraordinaria importancia la acción de repetición o de regreso⁷¹⁵ en la cadena productiva (así, del suministrador al fabricante, o del fabricante parcial al inicial). Se plantea, entonces, la cuestión de si la vía

Les obligations. Le fait juridique, op.cit, p.284 y ss.

⁷¹⁵La acción de repetición o de regreso (referida expresamente con respecto al suministrador responsable en la Disposición adicional de la Ley) se regulará de acuerdo con las normas generales del Código civil sobre solidaridad. No obstante, el artículo 12.1 imprime a esta acción de una especialidad ciertamente incomprensible: "*La acción del que hubiere satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día del pago de la indemnización*". Reduce, de esta forma, sensiblemente el plazo de prescripción a un año, plazo que resulta, como advierte DÍAZ ALABART ("*Responsabilidad civil por los daños...*", op.cit, p.541) "exageradamente corto sin que haya una razón objetiva para imponerlo", ya que "no hay base para hacer de peor condición al codeudor solidario que pagó el total, frente a sus codeudores en la relación interna".

de regreso puede quedar bloqueada por las eventuales cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad contenidas vgr. en el contrato de concesión o de venta del producto.

Las posibilidades de incorporación de las cláusulas de exoneración -o limitación- de la responsabilidad a lo largo del proceso de producción y distribución del producto son múltiples y han sido sistematizadas por CARNEVALI⁷¹⁶ en cuatro grupos:

1º Las cláusulas de responsabilidad que juegan en las relaciones entre los productores de materias primas o de piezas singulares y el fabricante del producto final o acabado, en las que los primeros tratan de exonerarse o de limitar la responsabilidad por los defectos de las materias o de los productos que suministran a los segundos.

2º Las cláusulas restrictivas de responsabilidad que aparecen en el terreno de la distribución o comercialización del producto. Son aquéllas que pactan el productor y los intermediarios (o los primeros intermediarios si la distribución del producto va a atravesar varios estadios) y ,llegan a aislar al productor del resto de los participantes en la cadena distributiva impidiendo así que una eventual acción de regreso pueda, partiendo del detallista, llegar hasta él.

3º Un tercer supuesto está constituido por las cláusulas que el vendedor final del producto inserta en los contratos de venta por las que él no se hace responsable de los defectos del producto, cláusulas de frecuente aparición en la venta de determinados productos en los que es muy difícil la individualización del defecto-. Estas convenciones descartarían la responsabilidad contractual del vendedor ante el consumidor, no la que corresponde al productor frente a aquél.

4º Las cláusulas por las que el productor se hace irresponsable directamente frente al consumidor de los defectos de su producto.

⁷¹⁶CARNEVALI, U., *La responsabilità del produttore*, op.cit., p.388 y ss.

De esta relación, las cláusulas del cuarto grupo estarían afectadas expresamente por el artículo 14 de la Ley del 94: son ineficaces ya que se oponen frente al perjudicado por el daño del producto. Son las correspondientes al primer y segundo supuesto, esto es, aquellas que vinculan a los miembros de la cadena productiva sin afectar al consumidor o perjudicado, a las que nos referimos cuando anunciamos la posibilidad de que el artículo 14 no abarca cualquier cláusula de responsabilidad de la cadena productiva.

Se trata, entonces, de averiguar la licitud de tales convenciones. A nuestro juicio, la solución ha de ser necesariamente positiva por dos razones. En primer término, por la dicción literal del artículo 14 en tanto que al referirse expresamente a las cláusulas *frente al perjudicado*, deja abierta la puerta a la oponibilidad de los pactos de exoneración entre los operadores jurídicos ligados por la cadena de producción. En segundo término, y al margen de la letra de la ley, la finalidad de la Ley del 94, tuitiva de los perjudicados por los productos defectuosos, apoya una conclusión favorable ya que realmente lo que es indisponible, e irrenunciable, es el derecho al resarcimiento del dañado, dada su posición de debilidad en el mercado, y no los eventuales resarcimientos de los productores, importadores o suministradores, en sus recíprocas relaciones, quienes son libres para repartir entre los riesgos como crean conveniente, siempre que respondan *in solido* frente al consumidor⁷¹⁷. Señala, desde esta perspectiva, DE ANGEL que "el ámbito de aplicación de la norma no

⁷¹⁷Cfr. ALPA, G., "Commentario all'art.12", en AA.VV., *La responsabilità per danno...*, op.cit., p.299.

La doctrina italiana ha profundizado sobre este tema -a la luz del citado artículo 12 del D.P.R.n.224/88- y se declara mayoritariamente favorable a la operatividad de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad entre los co-responsables de los productos defectuosos. Así, PONZANELLI, G., "Commentario all'art.12", op.cit., p.642 y ss.; REGIS, A., "Il diritto di rivalsa: responsabilità del produttore e rapporti tra coobbligati", en AA.VV., *Responsabilità del produttore e nuove forme di tutela del consumatore*, Milano, EGEA, 1993, p.86 y ss.; VALSECCHI, A., "Comentario d.P.R. 24 de maggio 1988,n.224 sulla disciplina del danno causato da prodotti difettosi", en AA.VV., *Responsabilità del produttore e nuove forme...*, op.cit., p.300 y ss.; BORTOLOTTI, F., "Il diritto di rivalsa nei rapporti tra distributori e produttori", en AA.VV., *Responsabilità del produttore e nuove forme...*, op.cit., p.67. Éste último señala, aun admitiendo la teórica operatividad de las cláusulas exoneratorias en la vía de regreso, que, en la práctica, normalmente estos pactos tiene como objetivo la exclusión de responsabilidad contractual y, por ello, su texto no resultará, a menudo, lo suficientemente amplio para abarcar también a la responsabilidad extracontractual del fabricante, con la consiguiente inaplicabilidad de las mismas en caso de regreso del productor.

parece que deba extenderse a las empresas que forman parte de la cadena de producción y distribución, teniendo en cuenta la teórica igualdad de fuerzas que entre ellos existe"⁷¹⁸. No obstante, la validez de tales cláusulas estará subordinada al cumplimiento de los límites generales analizados.

⁷¹⁸DE ANGEL YAGÜEZ, A., "Responsabilidad civil por los daños causados por productos y servicios...", op. cit. En el mismo sentido, ALCOVER GARAU, G., *La responsabilidad civil del fabricante...*, op.cit., p.64; SOTOMAYOR GIPPINI, J.M., "La nueva Ley de responsabilidad...", op.cit., p.76 y GÓMEZ CALERO, J., *Responsabilidad civil por productos...*, op.cit., p.147. En contra se ha pronunciado GARCÍA AMIGO ("La responsabilidad civil por productos en la Europa comunitaria", op.cit., p.2816) quien parece desechar esta posibilidad al declarar que la responsabilidad del fabricante no puede ser limitada o suprimida frente a la víctima "ni frente a un contratante, ni frente a cualquier otra persona".

3. LA LEY DE VIAJES COMBINADOS DE 6 DE JULIO DE 1995: EL ARTÍCULO 11.4

La Ley 21/95 de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados -en lo sucesivo LVC- nació con un objetivo claro: la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados⁷¹⁹. Detrás de este objetivo puramente técnico -el cumplimiento, aunque moroso, del mandato del artículo 9 de la Directiva⁷²⁰- convergían otros dos, confesados en la propia Exposición de Motivos de la Ley. En primer término, la homogeneización normativa de los mercados turísticos⁷²¹, debido al marcado carácter internacional de este sector, especialmente de los viajes combinados. En segundo término, la obtención de una efectiva protección del consumidor de estos servicios, esto es, del turista, a menudo víctima de condiciones abusivas en la contratación de sus viajes. Este objetivo, que pone de relieve la inexorable relación entre las figuras de consumidor y turista⁷²², explica la naturaleza jurídico-privada de la Ley y, más concretamente, la imperatividad de ciertas disposiciones, entre ellas, las referentes al régimen de responsabilidad civil -cuyo resultado en la nulidad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en este sector-.

⁷¹⁹Un estudio de la Directiva en AURIOLES MARTÍN, A., "La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje", *R.D.M.*, nº206, 1992, pp.819 a 862.

⁷²⁰La Directiva, en su artículo 9, señalaba como fecha límite para la transposición de su contenido al ordenamiento de los estados miembros el 1 de enero de 1993.

⁷²¹Hasta la fecha de la Ley, la normativa española en este sector estaba constituida fundamentalmente por el R.D. 271/1988, de 25 de marzo, regulador de las Agencias de viaje, que fue posteriormente desarrollado por la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988.

⁷²²La consideración del turista como consumidor y la necesidad de protección del mismo ya palpitaba en la doctrina española antes de la adopción de la Directiva. La protección que se exigía para el turista se fundamentaba en que los problemas o dificultades que caracterizaban la figura del consumidor se hacían más graves en el turista. A diferencia del consumidor tipo, el turista ocupa una posición más frágil "en la medida que es un desplazado, [circunstancia] que conlleva los dos factores de indefensión propios que deben ser corregidos: su falta de información y su dificultad para reclamar" (ALCOVER GARAU, G., "La protección jurídica del turista como consumidor", en AA.VV., *Turismo y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, Conselleria de Sanitat i Seguretat Social, Govern Balear, 1991, p.19).

El legislador comunitario, primero, y el español, después, intentaron alcanzar los objetivos propuestos a través de la completa configuración jurídica del denominado "contrato de viaje"⁷²³, unidad clave de la Directiva y, consiguientemente, de la Ley. En este sentido, la regulación de la oferta del contrato -de los folletos informativos-, la delimitación de los sujetos participantes, la fijación de una forma y de un contenido mínimo del contrato, la reglamentación de ciertos aspectos de gran trascendencia en la vida del mismo (modificación de la condiciones del contrato y derecho al desistimiento por parte del consumidor) y, finalmente, la ordenación de la responsabilidad de las agencias de viajes, constituyen los puntos básicos de la Ley.

Como ya anticipamos, continuando la tendencia marcada por otras normas que han incidido en la protección del consumidor, la Ley ha establecido la nulidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad frente al consumidor en el artículo 11, en los siguientes términos:

"1. Los organizadores y los detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores a actuar contra dichos prestadores de servicios [...].

2. Los organizadores y detallistas de viajes combinados responderán, asimismo, de los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato [...]

4. No podrán establecerse excepciones mediante cláusula contractual a lo previsto en los apartados 1 y 2 del presente artículo"

⁷²³Es un acierto, a nuestro juicio, haber enfocado la nueva regulación desde el punto de vista del "contrato de viaje" y no desde la perspectiva de la actividad de las Agencias de viaje -como lo hace la Orden de 1988-, porque creemos que así se consigue una mayor protección de los sujetos implicados en la contratación turística, porque este tratamiento permite el análisis exhaustivo de aspectos tan importantes, y tan problemáticos, como la responsabilidad de los organizadores y detallistas de los viajes, que apenas son tratados en la Orden mencionada.

Un análisis integral de esta norma pasa por la referencia, en primer lugar, a su ámbito de aplicación, así como, en segundo lugar, por el estudio del sistema de responsabilidad delimitado en la Ley y positivado en los mencionados apartados 1 y 2 del artículo 11.

3.1. Ámbito de aplicación de la norma: el contrato de viaje combinado

Como hemos anticipado, es el "contrato de viaje combinado" el núcleo de la regulación de la LVC, que, como *"acuerdo que vincula al consumidor con el organizador o detallista"* (art.2.8), viene definido desde dos ámbitos.

Desde el ámbito objetivo o material, se delimita por el concepto de "viaje combinado" -el objeto del contrato-, por el cual el art.2.1 LVC entiende *"la combinación previa de, por lo menos, dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya un noche de estancia: a) transporte, b) alojamiento, c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan parte significativa del viaje combinado"*.

En este sentido, cuando el contrato cumpla los requisitos de la norma estaremos ante el supuesto de hecho objetivo que regula la Ley -similar al paquete turístico al que alude la Orden de 1988⁷²⁴-, al margen de que el viaje programado tenga finalidad turística o de otra clase (asimismo se incluyen los viajes de trabajo)⁷²⁵.

⁷²⁴La noción de viaje combinado se equipara, en lo sustancial, a lo que la Orden del 88 denomina "paquete turístico", definido en los artículos 2.1b) y 25 de la misma. El paquete turístico, según el art.2.1, es *"el conjunto de servicios turísticos (mantención, transporte, alojamiento, etc.) ofertado o proyectado a solicitud del cliente, ambos a un precio global"*.

⁷²⁵Cfr. RUIZ MUÑOZ, M., "Guía explicativa de la Ley de Viajes Combinados", *Estudios sobre Consumo*, nº37, 1996, p.104. El hecho de que se proceda a la facturación por separado de los servicios que combina el contrato de viaje regulado en la LVC no es óbice para que se aplique esta legislación. Así lo ha previsto expresamente el art.1.2 de la Ley: *"La facturación por separado de varios elementos de un mismo viaje combinado no exime al organizador o al detallista del cumplimiento de las obligaciones de la presente Ley"*. Tampoco matiza la Ley el hecho de que el viaje combinado esté programado o proyectado a solicitud del cliente o por el contrario esté ofertado y proyectado por la Agencia de viajes con antelación, por lo que, a nuestro juicio, cabe incluir ambas categorías en el ámbito de aplicación de la LVC siempre que se cumplan los requisitos del art.2.1.

Desde el ámbito subjetivo, el contrato de viaje combinado, contrato bilateral, se caracteriza por la cualificación jurídica de los sujetos participantes, ya mencionados en la propia definición del contrato, y que son, por un lado, el organizador o detallista y, por otro, el consumidor. Hay que advertir en este punto la incomunicación contractual entre los prestadores de los servicios contratados (transportistas, hosteleros, etc.) y el consumidor, el cual sólo se relaciona desde la perspectiva contractual con las Agencias de viaje.

a) El organizador o detallista. El organizador se define como *"la persona física o jurídica que organice de forma no ocasional viajes combinados y los venda u ofrezca en venta, directamente o por medio de un detallista"* (art.2.2); el detallista es *"la persona física o jurídica que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por un organizador"* (art.2.3).

La alusión al carácter *"no ocasional"* del organizador de los viajes y la omisión de esta referencia en los detallistas, al lado de la posibilidad de que éstos puedan ser *"personas físicas"*, pudiera plantear la incógnita acerca del carácter profesional de quienes venden solamente el viaje combinado. Sin embargo, la Disposición adicional segunda de la Ley despeja esta cuestión al requerir la condición de Agencias de viajes⁷²⁶ en ambas categorías

Este extremo además parece lógico si hemos incluido dentro del concepto legal los viajes de trabajo o profesionales, ya que éstos, por lo general, no vendrán ofertados por la Agencia sino que será el cliente quien los proyecte de acuerdo con sus necesidades. No obstante su tratamiento legal unitario, a efectos de esta Ley, las diferencias que existen entre el viaje proyectado y ofertado por la Agencia y el programado a solicitud del cliente son importantes -en el primero existe adhesión a unas condiciones que pone el organizador, en el segundo las condiciones las pone el cliente- y pueden dar lugar a hablar de dos categorías de contratos distintos, con diversa naturaleza jurídica. Sobre este extremo, vid. DE LEÓN ARCE, A., *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid, Ed. Eurolex, 1995, p.240 y ss.

⁷²⁶Aunque se remite, para la fijación de la consideración de Agencias de viaje, a la *"normativa administrativa que se diste al efecto"*, podemos aclarar que esta figura está regulada actualmente en el R.D. 271/1988 de 25 de marzo desarrollado por la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988. En el artículo 1 de la Orden se considera como Agencia de viajes *"las Empresas constituidas en forma de Sociedad Mercantil, Anónima o limitada, que, en posesión de la licencia correspondiente, se dedican profesional y comercialmente en exclusividad al ejercicio de actividades de mediación y/o organización de servicios turísticos, pudiendo utilizar medios propios en la prestación de los mismos"*. Hay que tener en cuenta que en esta materia -en el régimen jurídico-administrativo de las Agencias de viajes- existen competencias autonómicas. En nuestro caso, vid., Decreto 153/1989, de 22 de

de contratantes, extremo que no deja dudas sobre la cualidad de empresarios que han de poseer⁷²⁷.

b) El turista-consumidor. Éste puede revestir las formas de contratante principal⁷²⁸, beneficiario⁷²⁹ o cesionario del contrato⁷³⁰ (art.2.7), debido a las múltiples modalidades que la contratación turística comprende. Así, tendrá la consideración de consumidor no sólo el que ha contratado el viaje sino quien va a realizarlo efectivamente, lo haya contratado o no, y, además, quien resulte cesionario del mismo⁷³¹. La Ley opera, entonces, con un concepto de consumidor muy similar al del artículo 1 de la LCU⁷³², al incluir en él tanto al contratante -consumidor jurídico- como al beneficiario final del viaje -consumidor material-, prescindiendo de la restricción que representaría el requisito de la contratación o adquisición directa del viaje que vendría impuesta si la protección del consumidor se situara dentro del marco del artículo 10 LCU. Asimismo, la LVC integra dentro de la noción de contratante principal -por consiguiente, dentro de la de consumidor- tanto a las personas físicas como a las jurídicas (no obstante, el beneficiario y el cesionario han de ser personas

junio, por el que se aprueba el Reglamento de las Agencias de viaje en Galicia.

⁷²⁷Esta matización de la Disposición adicional segunda de la Ley determina, como señala TUR FAÚNDEZ ("El contrato de viaje combinado: notas sobre la Ley 21/95 de 6 de julio, de regulación de los viajes combinados", *Aranzadi Civil*, julio, 1996) "lo desafortunada que es la alusión legal a las "personas físicas" y lo poco precisa que resulta la expresión "no ocasional" que utiliza el precepto en cuestión".

⁷²⁸"Contratante principal" es "la persona física o jurídica que compre o se comprometa a comprar el viaje combinado" (art.2.4).

⁷²⁹"Beneficiario" es "la persona física en nombre de la cual el contratante principal se comprometa a comprar el viaje combinado" (art.2.5).

⁷³⁰"Cesionario" es la "persona física a la cual el contratista principal u otro beneficiario ceda el viaje combinado" (art.2.6).

⁷³¹Este concepto hay que relacionarlo con la denominada "cesión de la reserva", del artículo 5 de la Ley. Sobre este extremo, vid. TUR FAÚNDEZ, M.N., "El contrato de viaje combinado...", op.cit., p.16 y ss.

⁷³²Similitud que es puesta también de manifiesto por DE LEÓN ARCE, A., *Contratos de consumo...*, op.cit., p.259, refiriéndose al artículo 2.4 de la Directiva de 1990.

físicas), también en la línea del mencionado art.1 LCU. Se consolida, desde esta perspectiva subjetiva, la protección del "turista" como consumidor.

3.2. La responsabilidad de los organizadores y detallistas

El artículo 11 de la LVC sujeta, en fase de ejecución de contrato⁷³³, a organizadores y detallistas a una típica responsabilidad contractual, desde el momento en que ambos responden *"del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato"*. Pero, aunque reguladas en la misma norma y articuladas en base al incumplimiento contractual, no podemos decir que la extensión material de las responsabilidades sea idéntica en el supuesto del organizador y del detallista. Tal diferencia se colige de la expresión *"en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito de gestión del viaje combinado"* y se comprende si atendemos a la propia definición que la Ley ofrece de unos y otros.

Si bien la Ley no ha determinado con nitidez cuáles son las obligaciones de los organizadores y de los detallistas en el ámbito del contrato de viaje, es posible afirmar que del propio concepto de ambos, establecido en el art.2 de la Ley, se deducen sus diversos cometidos en la planificación del viaje combinado.

El organizador, según el artículo 2 LVC, es quien *"organiza de forma no ocasional viajes combinados y los vende u ofrece en venta, directamente o por medio de un detallista"*. Desde estas palabras, se deduce que el ámbito de gestión del organizador se sitúa en la

⁷³³La especial problemática que plantean los contratos de viajes combinados implica que la Ley haya previsto además de la responsabilidad de las Agencias de viaje en la etapa de ejecución del viaje, la responsabilidad de las mismas en caso de cancelación del éste por la Agencia o en las hipótesis de cambios o modificaciones en el programa de viaje previsto. Estos supuestos -cancelación del viaje por la Agencia y su modificación-, que realmente configuran auténticos incumplimientos de las condiciones pactadas por las partes, tienen un tratamiento jurídico diferenciado (incluso más benévolo para la Agencia) que el incumplimiento en fase de ejecución, y ello porque el sector turístico está influido por circunstancias cambiantes -a veces objetivas y fuera del alcance de los organizadores, vgr. conflictos en los lugares de destino, huelgas de transporte, etc.- susceptibles de alterar un programa inicial y de cambiar los precios del viaje combinado. Los artículos 8 y 9 de la LVC se dedican a la regulación de los derechos de los consumidores y de las prerrogativas de las Agencias en los casos de modificación del contrato y cancelación del viaje, respectivamente.

organización del viaje, en la programación del transporte, alojamientos, y otros servicios turísticos, aunque también puede ofrecer el viaje organizado en venta. El detallista, sin embargo, se ocupa única y exclusivamente de la venta programada por el organizador, previa selección del paquete turístico a gusto del consumidor. Su ámbito, pues, se reduce a la distribución final del viaje combinado organizado por otros, representando, así, un papel de intermediario entre el organizador y el cliente.

Desde esta delimitación del ámbito de gestión de unos y otros participantes en el viaje combinado, RUIZ MUÑOZ⁷³⁴ define ambas responsabilidades. El organizador -y sólo él- responde por el buen fin del viaje, ya que ha asumido una obligación de resultado (que el viaje se haga efectivo tal y como el lo ha organizado) y, por tanto, debe responder personalmente por el cumplimiento de esa obligación, sin perjuicio de que haya contado con diversos auxiliares para la prestación de esta obligación⁷³⁵. En cambio, el detallista, que limita su ámbito de gestión a la venta e intermediación entre el organizador y el consumidor, responderá tan sólo del incumplimiento de sus obligaciones, es decir, de la venta y selección de un contrato de viaje combinado que satisfaga las necesidades de su cliente⁷³⁶. Así las cosas, convenimos con RUIZ MUÑOZ, en que, de *lege data*⁷³⁷, "realizada una elección

⁷³⁴RUIZ MUÑOZ, M., "Guía explicativa de la Ley...", op.cit., pp.111-112.

⁷³⁵Por ello, señala RUIZ MUÑOZ ("Guía explicativa de la Ley...", op.cit., p.111), "se trata de una relación jurídica [la existente entre el cliente y el organizador] que tiene su mejor encaje en el contrato de obra, donde el contratista asume la responsabilidad de los auxiliares con los que subcontrata parte de la obra; en este caso -viajes combinados- los diferentes servicios a prestar al cliente".

⁷³⁶Desde esta perspectiva, RUIZ MUÑOZ ("Guía explicativa de la Ley...", op.cit., p.112) describe a los detallistas como comisionistas: "su ámbito de responsabilidad se concreta en una diligente selección de quién ha de prestar los servicios contratados. [...] El detallista debe ejecutar las instrucciones recibidas del cliente, tal y como se establece en general para el contrato de mandato o de comisión mercantil".

⁷³⁷También TUR FAÚNDEZ ("El contrato de viaje combinado...", op.cit., p.29) cree que ésta debe ser la postura adoptada a la vista de la Ley del 95 que distribuye las responsabilidades entre organizador y detallista, haciendo uso de la posibilidad establecida en el art.5 de la Directiva CEE. Pero, al tiempo, reconoce que ésta es la opción que más perjudica al consumidor y que, además, rompe con la tendencia seguida por la doctrina con anterioridad a la Ley la cual se decantaba por considerar tanto a organizador y detallista, es decir, a todo tipo de Agencia de viaje, como sujetos de un contrato de arrendamiento de obra -y no de mandato-, por lo que se conseguía la

acorde con lo solicitado por el consumidor, si posteriormente las prestaciones resultan insatisfechas, éste no podrá dirigir sus reclamaciones contra el detallista sino contra el organizador"⁷³⁸. (Otra cosa es que nos parezca acertado el planteamiento de la LVC, como explicaremos más adelante).

Sin perder de vista las distintas obligaciones de unos y otros y, en consecuencia, su dispar ámbito de responsabilidad, el artículo 11 hace responsable tanto a organizadores como a detallistas del cumplimiento de las citadas obligaciones "*con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios*", en claro beneficio para el consumidor quien no ha de indagar si ha sido el principal, el auxiliar u otro colaborador el responsable del incumplimiento y, a la vez, en coherencia con la complejidad intrínseca de los viajes organizados, la cual "se ve notablemente incrementada como consecuencia de la participación de terceros ajenos al vínculo contractual que une al organizador y al cliente"⁷³⁹.

responsabilidad de organizador y detallista cuando el viaje no se realizase o se llevara a cabo defectuosamente aunque ambos sujetos hubieran actuado diligentemente.

⁷³⁸RUIZ MUÑOZ, M., "Guía explicativa de la Ley...", op.cit., p.112. En contra de esta interpretación podemos citar algunas sentencias que han tratado la problemática de la responsabilidad de las Agencias de viaje en las hipótesis de "paquetes turísticos". La SAP de Vizcaya de 24 de enero de 1994 (Act.Civ., nº713, 1994) señala que "Es la agencia quien asume el riesgo y los problemas que pudieran existir frente al cliente; distinto es que, a su vez, la agencia repita contra el prestador de servicios, pero esto es un problema ajeno al usuario"; la SAP de Barcelona de 14 de julio de 1994, incide en la misma idea, con apoyo en el artículo 246 C.co., del cual extrae "la responsabilidad del minorista frente al cliente sin perjuicio de su derecho de repetición frente al mayorista, pues de otro modo el usuario quedaría indefenso al no haber contratado con aquellas matoristas a las cuales solo cabría en puridad demandar por responsabilidad extracontractual, pues quien vende el paquete turístico contrata la prestación por terceros de un complejo de servicios cuya bondad garantiza y por cuya oferta debe responder, con arreglo a las exigencias normales de la buena fe". Apoyando esta posición, aún después de la promulgación de la LVC, MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Notas a la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados", R.D.P., junio, 1996, p.475.

⁷³⁹AURIOLES MARTÍN, A., "La Directiva sobre viajes combinados...", op.cit., p.821. De esta complejidad "surge, entonces, -continúa el autor- el conocido problema de los sujetos responsables (la agencia y/o los obligados directamente a facilitar los servicios convenidos) en los casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las prestaciones prometidas al turista". Esta cuestión, planteada por AURIOLES MARTÍN antes de la Ley, se ha visto solventada con la solución adoptada por el artículo 11.

Del artículo 11.1 *in fine* se desprende otra característica de la responsabilidad: la solidaridad. Señala la norma que *"la responsabilidad será solidaria en caso de que concurran conjuntamente en el contrato diferentes organizadores y detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan ente ellos"*. Sin embargo, la solidaridad se refiere a la responsabilidad de los organizadores entre sí y de los detallistas entre sí frente al consumidor, cuando, como prescribe el artículo mencionado existan varios organizadores o varios detallistas. Pero *"entre organizador y detallista no existe responsabilidad solidaria frente al cliente/consumidor"*⁷⁴⁰, debido precisamente a que las prestaciones de uno y otro son distintas, faltando, entonces, una de las notas que caracterizan a la solidaridad: la unidad de objeto⁷⁴¹.

Finalmente, el artículo 11.2 establece una serie de supuestos exonerativos de la responsabilidad de ambos sujetos, y aunque en estos casos releva de cualquier tipo de indemnización a organizadores y detallistas, les impone la obligación de *"prestar la necesaria asistencia al consumidor que se encuentre en dificultades"*. De acuerdo con el precepto citado, la responsabilidad cesará cuando la ejecución defectuosa o el incumplimiento del contrato sea imputable al consumidor o a un tercero *"ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato"*. Asimismo, la fuerza mayor y el caso fortuito son causas expresas de exención de responsabilidad⁷⁴².

⁷⁴⁰RUIZ MUÑOZ, M., "Guía explicativa de la Ley...", op.cit., p.113.

⁷⁴¹Cfr. RUIZ MUÑOZ, M., "Guía explicativa de la Ley...", op.cit., p.113. Considera plenamente acertada, este autor, la opción del legislador de no imponer la solidaridad entre organizador y detallista, porque a la *"diferente naturaleza jurídica de cada uno de los vínculos contractuales"*, que determina la inexistencia de la unidad de objeto, se uniría la consecuencia negativa del encarecimiento de los servicios del detallista: *"responsabilizar a este distribuidor/mediador en los mismos casos y circunstancias que al Organizador, a lo único que conduciría es a elevar el precio final de los servicios por la repercusión directa de los mayores costes de explotación; pero también, muy posiblemente, a la reducción de la competencia en este sector de la distribución, con la repercusión igualmente negativa para el consumidor"*. En contra se manifiesta TUR FAÚNDEZ, M.N., *"El contrato de viaje combinado..."*, op.cit., p.30.

⁷⁴²Por fuerza mayor entiende el legislador *"aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida"* -art.11.2 c)-.

El art.11.2 d) se refiere, a nuestro juicio, al caso fortuito al hablar de *"acontecimiento que el*

Analizado de forma somera el régimen de responsabilidad -en fase de ejecución del contrato- de los organizadores y detallistas de viajes combinados en la LVC, creemos oportuno hacer alguna observación acerca del mismo. No consideramos reprochable, en principio, establecer distintas responsabilidades entre organizadores y detallistas del viaje combinado, porque es lógico que sea diversa -como también lo son los riesgos asumidos y las ganancias obtenidas- la responsabilidad derivada de la organización de un viaje que la dimanante de la simple venta o distribución de algo organizado por otros. Pero la diferente responsabilidad debe venir acompañada de la diferente configuración jurídica de quienes organizan y de quienes simplemente venden. El problema es que el legislador ha delimitado un doble régimen jurídico de responsabilidad que va a concurrir en un mismo sujeto: la Agencia de viaje. Efectivamente, al exigir la forma de Agencia de viajes tanto en organizadores como en detallistas, la Ley está creando una confusa y vaga situación que desencadenará en una desprotección del consumidor, el cual no sabe con quién está contratando -las Agencias no se identifican ante él como organizadoras o detallistas-, y seguramente en fraude de ley, porque, dada la diferente responsabilidad, todas desearán aparecer frente al cliente como detallistas.

Todavía en este punto, la cuestión podía ser reparada con un expediente frecuentemente utilizado por el legislador para proteger al consumidor o al contratante débil ante casos de complicada distribución de responsabilidades. Nos estamos refiriendo a la solidaridad, que pudiera haber establecido la LVC no sólo, como lo ha hecho, ante la concurrencia de varios organizadores y de varios detallistas, sino entre los organizadores y detallistas entre sí. Esta opción disminuiría considerablemente los problemas que esta Ley pueda presentar, permitiendo, en caso de indeterminación del sujeto responsable, exigir las consecuencias de la inejecución o defectuosa ejecución del contrato a cualquiera de ellos, sin

detallista o, en su caso, el organizador, a pesar de haber puesto toda la diligencia necesaria, no podía prever ni superar". Esta última noción parece que, frente a la ajeneidad de la del párrafo precedente, vincula el acontecimiento a un hecho propio de la empresa (y es ésta la diferencia que la doctrina en general afirma entre fuerza mayor y caso fortuito, ya que la imprevisibilidad y el carácter insuperable es común a ambos).

perjuicio de que el sujeto demandado ejercitar el derecho a la repetición⁷⁴³.

3.3. La nulidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad

El régimen de responsabilidad establecido en el artículo 11 de la LVC posee naturaleza imperativa. Así lo prescribe el apartado tercero del artículo 11 al prohibir las excepciones mediante cláusula contractual a lo previsto en los apartados 1 y 2 del precepto. En otras palabras, según el artículo 11.4 LVC serán nulas las cláusulas restrictivas de responsabilidad insertas en el contrato de viajes combinados.

Sin embargo, esta declaración general acerca de la nulidad de los pactos restrictivos de la responsabilidad necesita ser puntualizada, porque pudiera ser que, de acuerdo con la misma, fueran válidas algunos tipos de cláusulas aparentemente exoneratorias de la responsabilidad.

Resulta claro que la nulidad afecta, sin duda, a las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad del organizador y detallista derivada del incumplimiento personal de sus obligaciones contractuales o del de sus auxiliares, en fase de ejecución del contrato. Con respecto a las limitativas, hay que mencionar que la LVC no consideró oportuno utilizar la facultad que le concedía la Directiva comunitaria en orden a autorizar a las partes la limitación convencional del *quantum* indemnizatorio (art.5.2), en los supuestos de daños materiales.

Pero del artículo 11.4 no puede extraerse la nulidad de ciertas cláusulas exoneratorias, muy frecuentes en los contratos de viajes combinados, por las que el detallista se exonera del buen fin del viaje amparándose en que él no responde por ese extremo. Estas cláusulas, que son una modalidad de cláusulas de mediación, cuando son efectivamente predispuestas por un detallista frente al consumidor y cuando excluyen la responsabilidad por el buen fin del

⁷⁴³Favorable a esta opción se muestra TUR FAÚNDEZ, M.N., "El contrato de viaje combinado...", op.cit., p.31.

viaje han de considerarse válidas porque no suponen excepción alguna al régimen de responsabilidad establecido, para él, en el artículo 11 sino que, antes bien, lo confirman⁷⁴⁴.

Pero, no obstante, y de acuerdo con lo ya comentado en relación con pertinencia de la diferenciación de responsabilidades entre los organizadores y los detallistas, nos parece ciertamente arriesgada la posibilidad de que puedan aparecer en los contratos de viaje cláusulas de este tipo, porque "se pretenderá aparecer contractualmente como detallista, como simple mediador sin responsabilidad en la organización del viaje y de este modo legitimar la cláusula de mediación"⁷⁴⁵ (teniendo en cuenta que ante el consumidor ambos aparecen como Agencias de viaje). Por ello, tal y como indicábamos antes, para solventar estos peligros, en definitiva, para evitar el fraude de ley, hubiera sido conveniente que la Ley estableciese la solidaridad en la responsabilidad frente al consumidor sin perjuicio de que entre organizador y minorista se repartiesen según los diferentes ámbitos de gestión la responsabilidad final. Esta solución, en lo que atañe a la problemática de las cláusulas de mediación, determinaría la nulidad de cualquier cláusula de exoneración de responsabilidad por la frustración del viaje frente al consumidor ya del organizador ya del detallista, pero, al tiempo, haría factibles dichas convenciones entre ambos sujetos empresariales, por lo se permitiría la repetición del pago, en el caso de que respondiese el detallista ante el consumidor.

Finalmente, con arreglo al artículo 11.4 son también nulas las cláusulas de renuncia a la solidaridad establecida en el artículo 11.1 *in fine*.

⁷⁴⁴Por ejemplo, la cláusula de la Agencia Turavía Club señala: "La agencia declara explícitamente que obra únicamente como intermediaria entre los viajeros y las entidades o personas llamadas a facilitar los servicios que constan en los itinerarios, o sea, las empresas de transporte, hoteles, restaurantes, etc., y por consiguiente, declara toda irresponsabilidad por deficiencias en cualquiera de los servicios prestados, así como por cualquier daño, herida, accidente, retraso o irregularidades que puedan ocurrir durante la ejecución de los servicios a las personas que efectúen el viaje por su mediación, así como el equipaje y demás objetos de su propiedad". Aun pareciendo casi ofensiva al declarar su total irresponsabilidad, lo cierto es que, con arreglo a la Ley, dicha cláusula sería válida *siempre y cuando* Turavía fuese una agencia minorista y *nunca* en el caso en que tuviese la categoría de organizadora.

⁷⁴⁵RUIZ MUÑOZ, M., "Guía explicativa de la Ley...", op.cit, p.113.

Nos queda por efectuar otra matización. El artículo 11.4 señala expresamente que *"no podrán establecerse excepciones mediante cláusula contractual a lo previsto en los apartados 1 y 2 del presente artículo"*. Así, la prohibición alberga, como hemos visto, cualquier modalidad de cláusula que excluya la responsabilidad derivada de la inejecución o ejecución defectuosa del contrato de viaje. Pero, ¿afectaría también a otras indemnizaciones previstas en la Ley?

La expresa mención del párrafo tercero en tanto que se remite al apartado 1 y 2 del mismo artículo podría hacer dudar de su operatividad en otros casos en los que la Ley ha previsto derechos indemnizatorios. Nos estamos refiriendo concretamente al supuesto de modificación de las condiciones del contrato y a la indemnización a la que tiene derecho el consumidor en esta hipótesis. En efecto, la LVC ha regulado en los artículos 8 y 9 las consecuencias jurídicas de la eventual modificación de las condiciones del contrato aceptadas inicialmente por el consumidor⁷⁴⁶.

⁷⁴⁶Artículo 8. *Modificación del contrato*: "1. En el supuesto de que, antes de la salida del viaje, el organizador se vea obligado a modificar de manera significativa algún elemento esencial del contrato deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento del consumidor. 2. En tal supuesto, y salvo que las partes convengan otra cosa, el consumidor podrá optar entre resolver el contrato sin penalización alguna o aceptar una modificación del contrato en el que se precisen las variaciones introducidas y su repercusión en el precio. El consumidor deberá comunicar la decisión que adopte al detallista o, en su caso, al organizador dentro de los tres días siguientes a ser notificado de la modificación a que se refiere el apartado 1 de este artículo. En el supuesto de que el consumidor no notifique su decisión en los términos indicados, se entenderá que opta por la resolución del contrato sin penalización alguna".

Artículo 9. *Resolución del contrato o cancelación del viaje*: "1. En el supuesto de que el consumidor opte por resolver el contrato, al amparo de lo previsto en el apartado 2 del artículo anterior, o de que el organizador cancele el viaje combinado antes de la fecha de salida acordada por cualquier motivo que no le sea imputable al consumidor, éste tendrá derecho, desde el momento en que se produzca la resolución del contrato, al reembolso de todas las cantidades pagadas, con arreglo al mismo, o bien a la realización de otro viaje combinado de calidad equivalente o superior siempre que el organizador o detallista pueda proponérselo. En el supuesto de que el viaje ofrecido fuera de calidad inferior, el organizador o el detallista deberá reembolsar al consumidor, cuando proceda en función de las cantidades ya desembolsadas, la diferencia de precio, con arreglo al contrato. Este mismo derecho corresponderá al consumidor que no obtuviese confirmación de la reserva en los términos estipulados en el contrato. 2. En los anteriores supuestos, el organizador y el detallista serán responsables del pago al consumidor de la indemnización que, en su caso, corresponda por incumplimiento del contrato, que en ningún supuesto podrá ser inferior al 5 por 100 del precio total del viaje contratado, si el citado incumplimiento se produce entre los dos meses y quince días inmediatamente anteriores a la fecha prevista de realización del viaje; el 10 por 100 si

No obstante, creemos que son asimismo nulas las cláusulas que excluyan o limiten la indemnización de este artículo porque:

1º Aunque bajo el epígrafe de modificación del contrato, se están regulando las consecuencias jurídicas de un verdadero incumplimiento contractual o de un incumplimiento defectuoso -a juzgar por el consumidor y por el tipo de modificación-, que se hallaría comprendido en el artículo 11 y, por tanto, dentro de la órbita de la prohibición de cláusulas restrictivas de la responsabilidad.

Una cosa es que la Ley regule separadamente y con más detalle las cuestiones relativas a la modificación del contrato, en tanto pudieran ser más frecuentes, y otra que por su diferente ubicación no se consideren estos supuestos como auténticos incumplimientos de las condiciones pactadas inicialmente en el contrato. No es un caso de alteración sustancial de las circunstancias contractuales que daría lugar a exoneración del deudor de la prestación.

2º La expresión "*que en ningún supuesto sea inferior*" -referida a los porcentuales indemnizatorios- hace pensar en la imperatividad del precepto y, por consiguiente, en la nulidad de cláusulas que establezcan limitaciones a dichas indemnizaciones y, con mayor razón, que excluyan estas indemnizaciones.

3º El principio de protección del consumidor conduciría además, ante una supuesta duda, a la ineficacia de las cláusulas que reduzcan o limiten estas indemnizaciones, ya que otra actitud llevaría a dejar una puerta abierta a la modificación unilateral del contrato por parte de las agencias de viaje -en última instancia, a la posibilidad de incumplimiento o cumplimiento defectuoso- sin sanción alguna para ellas, con lo que se vulneraría el espíritu tuitivo de la Ley

se produce entre los quince y tres días anteriores y el 25 por 100 en el supuesto de que el incumplimiento citado se produzca en las cuarenta y ocho horas anteriores".

4. LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO DE 8 DE OCTUBRE DE 1980: EL ARTÍCULO 3

El artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, en adelante LCS, asume la condición de pionera en el movimiento de defensa del consumidor, iniciado hace dos décadas y cuyas coordenadas fueron definitivamente trazadas en la LCU. En efecto, el legislador advirtió pronto la necesidad de proteger y amparar al asegurado, como parte débil en el contrato, es decir, como "consumidor del seguro"⁷⁴⁷ y configuró en el seno de la LCS, que se encarga de regular el aspecto jurídico-privado de la relación entre asegurador y asegurado, una norma enteramente dirigida al control de las condiciones generales de la contratación en el sector de los seguros. La intervención del legislador vino precedida por la jurisprudencia, que estuvo obligada a desarrollar una función equilibradora en las posiciones contractuales de asegurador y asegurado, empleando principios del Derecho común.

En este marco general de primera toma de contacto con el principio de protección del consumidor se sitúa el artículo 3 LCS, en particular su párrafo primero, cuya ubicación -en el Título preliminar de la Ley- le confiere además de la consideración de norma básica de actuación, una amplia vocación de generalidad. El texto de la norma es el siguiente:

"Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del

⁷⁴⁷Expresión acuñada por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., "Preliminar. Artículos 1 a 4", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro*, Ed. CUNEF, 1982, T.I, p.115. En la misma línea, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ ("Legislación general protectora de consumidores y usuarios y derecho de seguros. La aplicación de la Ley general del 84 al contrato de seguro", *Directiva. Revista jurídica de estudios monográficos*, 4º trimestre, 1990, PPU, p.283 y ss.) hace hincapié en la consideración del asegurado como consumidor de seguro, aunque con la excepción del supuesto en que aquel asegurado sea un empresario, y concluye la aplicación de la LCU al derecho de seguros ya que "el consumidor de seguros, como cualquier otro consumidor, también ha de encontrar una defensa y una protección general, independiente de las que otorgan las leyes específicas, en la Ley General".

mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito".

La norma, de clara inspiración tuitiva y contenido imperativo, según expresamente confirma el artículo 2 LCS⁷⁴⁸, establece un específico control sobre las condiciones generales de los contratos de seguro, que se completa, además, con un filtro administrativo (párrafo segundo⁷⁴⁹) y uno judicial⁷⁵⁰, encaminado, este último, a dotar de un especial efecto, de trazos muy innovadores y a su vez muy polémicos, a las cláusulas que hayan sido declaradas nulas por el Tribunal Supremo.

Si bien esta norma no supondría, *a priori*, la interdicción de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en el seno del contrato de seguro -y desde esta perspectiva no la podemos

⁷⁴⁸El artículo 2 de la LCS prescribe que "*Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado*". Acerca del alcance de este artículo, SÁNCHEZ CALERO ("*Sobre la imperatividad de la Ley del contrato de seguro*", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, op.cit., T.III, p.2988) ha señalado que se refleja un cambio notorio desde la promulgación de la LCS, desde una doble perspectiva: 1º "*Porque la tutela al asegurado, en cuanto consumidor del seguro, aparece reforzada por unas normas complementarias*", y 2º "*Porque las normas de la LCS, en determinados casos se ven transformadas en Derecho dispositivo o bien porque, dado ese carácter, puede eludirse la aplicación de la LCS por voluntad de las partes que someten la relación contractual asegurada a una ley de otro Estado*".

⁷⁴⁹*Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.* De esta forma la LCS ha previsto, paralelamente a lo que se denomina control legislativo (párrafo 1º del artículo 3), un segundo sistema de control de los formularios de condiciones generales de los contratos de seguros, cediendo potestad a la Administración Pública en la vigilancia de las pólizas de seguros. La intervención administrativa en este sentido ha pasado de ser un sistema de autorización previa de los modelos de contrato, como preveía la antigua Ley de ordenación de los seguros privados de 1954, a convertirse en un sistema de simple vigilancia (Cfr. EMBID IRUJO, "*El consumidor ante el Derecho de seguros*", op.cit., p.259). Este sistema de control administrativo está regulado específicamente por la Ley de ordenación del seguro privado de 2 de agosto de 1984 y por su Reglamento de 1 de agosto de 1985.

⁷⁵⁰*Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas*".

considerar un límite negativo-, del contenido de la norma se deducen dos tipos de límites específicos para el caso de que tales cláusulas se inserten en contratos de seguro. En primer lugar, un límite de carácter sustantivo que alude a la necesidad de que dichas cláusulas no sean lesivas para los intereses de los asegurados; en segundo lugar, una serie límites de carácter formal que consisten en la obligatoria presencia de cualquier condición del contrato en la póliza del seguro, en la redacción clara y precisa de las condiciones generales y en la aceptación específica de las denominadas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados.

El análisis de los límites citados será precedido de un breve comentario acerca del ámbito de aplicación de la norma.

4.1. Ámbito de aplicación de la norma

Éste viene determinado por la concurrencia de dos parámetros, a saber, la existencia de un contrato de seguro y su formulación en base a condiciones generales. Se trata de dos extremos que podrían resumirse en el primero, ya que, tal y como se enfoca la actividad aseguradora en la actualidad, la contratación negociada e individualizada del seguro es casi impensable.

Es cierto que en una época podría ser factible la existencia de seguros civiles -de hecho se regulaba esta figura en el Código civil⁷⁵¹- asentados en los principios clásicos de la contratación, pero, tras la reforma⁷⁵² llevada a cabo en el sector y la correlativa

⁷⁵¹El contrato de seguro en el Código civil se regulaba en los hoy derogados artículos 1791 y siguientes. El primero de ellos contenía la definición de este contrato en estos términos: "*Contrato de seguro es aquél por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes muebles o inmuebles asegurados mediante cierto precio, el cual puede ser fijado libremente por las partes*".

⁷⁵²La reforma, y la consiguiente unificación del seguro, se produce por la Ley del Contrato de Seguro de 1980 que deroga las dos regulaciones que coexistían hasta la fecha: los artículos 1791 a 1797 del Código civil y los artículos 380 a 438 que en el Código de comercio se ocupaban del seguro mercantil.

mercantilización del seguro, la persona del asegurador aparece inexorablemente vinculada a la de empresario, porque es ésta la única vía de dotar al contrato de una sólida base económica que le ofrezca las suficientes garantías para su realización. Se convierte, así, el contrato de seguro en un contrato de gran trascendencia económica y empresarial, necesitado de las ventajas que otorgan las condiciones generales de contratación para poder llevar a cabo sus objetivos. La racionalización de la negociación, la previsión de los riesgos, el ahorro de tiempo y gastos de contratación y la uniformidad que proporcionan las condiciones generales se tornan aspectos indispensables para una buena gestión de los seguros, donde las aseguradoras al enfrentarse a riesgos idénticos o semejantes organizan una misma cobertura frente a una posible prestación futura que se concreta en la indemnización del evento dañoso. Como señala GARRIGUES, técnicamente cada ramo del seguro funciona sobre la base de la homogeneidad de los riesgos⁷⁵³, homogeneidad que no sería posible partiendo de una contratación individualizada.

El contrato de seguro viene definido en la propia Ley en su artículo 1º, en los siguientes términos:

"El contrato de seguro es aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento dañoso cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas".

La actividad aseguradora privada puede presentar formas muy diversas. Según el criterio clasificatorio más aceptado, los seguros pueden dividirse en seguros de daños en sentido estricto, entre los que, a su vez, destacan los seguros de cosas, crédito, de beneficio esperado y de deudas (seguro de responsabilidad civil y reaseguro) y seguros de personas o

⁷⁵³GARRIGUES, J., *El contrato de seguro terrestre*, 2ª ed., Madrid, Ed. Joaquín Garrigues, 1982, p.7.

de sumas, que se diversifica en seguro de accidentes, seguro de enfermedad y seguro de vida⁷⁵⁴.

Las especies aseguradoras expuestas, sin vocación de exhaustividad, entran en el supuesto de hecho de la norma del artículo 3 de la Ley, ya que según los términos del artículo 2, la LCS es aplicable a las distintas modalidades de seguro en defecto de Ley especial.

4.2. Contenido de la norma: requisitos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en los contratos de seguro

Como hemos anticipado, el artículo 3.1 LCS no implica un límite negativo en orden a la vigencia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en el seno del contrato de seguro, sino que prescribe su sometimiento, al igual que cualesquiera otras condiciones generales, a una serie de exigencias que en lugar de estar ordenadas hacia la consecución de un control de contenido del contrato parece que obedecen a establecer un control sobre el conocimiento de las condiciones, tal y como ha criticado POLO⁷⁵⁵.

En efecto, dos de las tres exigencias ya mencionadas recaen en aspectos formales -o "requisitos de inclusión", ya estudiados en el seno del artículo 10 LCU- cuyo objetivo sería

⁷⁵⁴Acerca de las distintas modalidades de seguro, vid., por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, 16ªed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1993, p.578. edición

⁷⁵⁵POLO, E., *La protección del contratante débil...*, op.cit., p.85: "no sólo supone una desventaja en la posición jurídica del asegurado que difícilmente puede ser contrarrestada por la prohibición de la lesividad, sino que legitima el poder normativo de la empresa mediante el odioso y humillante requisito de la doble firma" De la misma opinión es MARINA GARCÍA-TUÑÓN ("El modelo de control sobre condiciones generales de la contratación en el Derecho contractual del seguro", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº10, 1991, p.67) quien señala que esta norma se caracteriza por la "falta de precisión del legislador, además de lo enrevesado de la formulación gramatical escogida. [...] se trata de una declaración que tiene el propósito de controlar el contenido del contrato en favor del asegurado, si bien se pone en tela de juicio su efectividad indicando también que difícilmente puede ofrecerse una protección suplementaria más allá de la proporcionada por la imperatividad de los preceptos de la Ley dispuesta en su art.2".

asegurar que el consumidor del seguro no firmara algo de lo que no tuviera conocimiento. El otro requisito -la prohibición del carácter no lesivo de las condiciones del seguro- sí haría referencia a un control de contenido, pero de forma tan parca y equívoca que su eficacia controladora corre el riesgo de quedar en una declaración de intenciones, como veremos a continuación.

Se inicia, el precepto, negando todo valor a las cláusulas que impliquen un contenido lesivo para los intereses de los asegurados. Esta prescripción, aparentemente protectora de los derechos de los asegurados, quiebra si meditamos sobre dos aspectos. Por un lado, la norma no ofrece una definición de lo que se debe considerar "*carácter lesivo*", trasladando al arbitrio del juzgador la tarea, y propiciando, a su vez, la pérdida de gran parte de su eficacia. Por otro, la afirmación inicial del precepto se convierte, como vimos, en una mera declaración de intenciones si nos detenemos en el último párrafo, según el cual es suficiente la aceptación individualizada de las cláusulas denominadas "limitativas de derechos" para otorgarles plena validez, lo que denota una importante contradicción interna y sustrae prácticamente toda eficacia a lo establecido en la primera parte del precepto⁷⁵⁶.

En un intento de dotar de significado a la expresión citada, se ha señalado que estaremos en presencia de las cláusulas lesivas cuando se produzca "una evidente desproporción, sin justificación, entre las prestaciones de ambas partes"⁷⁵⁷, esto es, una especial onerosidad a cargo del asegurado. Asimismo, se ha puesto en relación con la figura de las cláusulas abusivas del artículo 10 de la LCU, alegando la proximidad de sus significados, desde la perspectiva de la consideración del asegurado como un consumidor más⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶Cfr. POLO, E., *La protección del contratante débil...*, op.cit., p.84. En el mismo sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A.: "Las condiciones generales...", op.cit., p.624, quien destaca la "contradicción interna en que parece incurrir el precepto al prohibir las condiciones generales que resulten lesivas para el asegurado y admitir inmediatamente después la posibilidad de cláusulas limitativas de sus derechos".

⁷⁵⁷JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., *Derecho mercantil*, Barcelona, Ed. Ariel, 1990, p.1000.

⁷⁵⁸En este sentido, vid. DÍAZ ALABART, S., "Comentario al art. 10.1c)", op.cit., p.250.

A continuación, dos requisitos formales orientados a facilitar el mejor conocimiento de las condiciones generales por parte del asegurado: la inclusión de las condiciones generales, cuando menos, en las pólizas de seguro o documento complementario y la obligación de redacción clara y precisa, que alude sedicentemente a la renombrada "letra pequeña" de los seguros. Sobre la última exigencia se ha especificado la necesidad de que las pólizas abandonen "el empleo de palabras técnicas, solamente accesibles a los especialistas en la materia, para pasar a expresar las condiciones en las que son expedidas conforme a un medio semántico de fácil comprensión para quien no posee la preparación técnica ni el dominio conceptual que el diario contacto con la actividad asegurativa proporciona"⁷⁵⁹.

Por último, el párrafo finaliza con el deber por parte de los aseguradores de destacar de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, cláusulas que deberán ser específicamente aceptadas por escrito por parte de éstos.

En primer lugar, se ha discutido sobre cuáles son los derechos de los asegurados, para tratar después de discernir cuáles serán las cláusulas limitativas de tales derechos. En principio, de la LCS se extraen algunos de ellos: el derecho a la indemnización cuando se cumpla el evento dañoso asegurado (art. 1 y art. 18); el derecho a pagar la prima en su domicilio, salvo pacto en contrario (art. 15); derecho a no desembolsar los gastos dirigidos a aminorar las consecuencias de siniestro, que serán de cuenta del asegurador (art. 17). De todas formas, el catálogo de derechos previsto por la Ley es bastante reducido, por lo que debe completarse con todos y cada uno de los derechos del acreedor en la relación obligatoria, y por supuesto, con el derecho a ser resarcido por el deudor en caso de incumplimiento contractual. De ahí que consideremos las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en el contrato de seguro como cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, lo cual nos conduce a emitir una conclusión con carácter general: las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, para ser válidas, han de pasar, por lo menos, el filtro del artículo 3 *in fine*, esto es, la aceptación específica por el asegurado. Y ello, por supuesto,

⁷⁵⁹ILLESCAS ORTIZ, R., "El lenguaje de las pólizas", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro*, op.cit., T.I, p.360.

sin perjuicio de que además sean claras y precisas en su redacción y no puedan ser calificadas como lesivas.

Íntimamente relacionadas con las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, destacan las cláusulas de exclusión de los riesgos cubiertos por el asegurador. Estas cláusulas que definen el riesgo que asume el asegurador son muy frecuentes en las pólizas de los contratos de seguro. Su objetivo es, por lo general, excluir o limitar la indemnización o en el caso de que el evento dañoso sea provocado por alguna causa en concreto, o por alguna persona determinada⁷⁶⁰. Esto es, definen con precisión la cobertura del seguro, en definitiva, delimitan el objeto del contrato.

La jurisprudencia se ha mostrado vacilante con el tratamiento de estas cláusulas. Aunque en un principio el Tribunal Supremo optó por considerarlas como limitativas de los derechos de los asegurados, últimamente se han producido decisiones en sentido contrario.

⁷⁶⁰ Así, son frecuentes las limitaciones o las exclusiones de responsabilidad en los seguros obligatorios de automóviles con relación a los riesgos asumidos (la Compañía aseguradora suele declinar toda responsabilidad en el supuesto que se compruebe que el conductor del vehículo conducía bajo los efectos del alcohol o drogas psicotrópicas), a las personas protegidas (exclusión de los ocupantes del vehículo como beneficiarios del seguro: STS 26 de mayo 1989, A.3891). Otros seguros como los de daños pueden configurar los riesgos de tal forma que se excluya, a veces creando situaciones de claro perjuicio para el asegurado, determinados eventos dañosos. Así, la SAP de Burgos de 19 de octubre de 1990 -R.G.D., 1991, p.9605 y ss.) declaró nula la cláusula que indicaba que en el supuesto de daños ocasionados por aguas, la garantía se limitaba hasta un máximo de un 3 % de la suma asegurada. Son usuales también en las pólizas las denominadas cláusulas *claims made* que suponen una delimitación temporal en la cobertura de riesgos. Estas cláusulas subordinan la responsabilidad de la Compañía al hecho de que la reclamación el siniestro por parte del asegurado ocurra durante el período de vigencia de la póliza, circunstancia que puede resultar claramente lesiva de los intereses de los aseguradores cuando el daño, que ha tenido lugar dentro de la vigencia del seguro, no sea constatable -sus efectos no se exterioricen- hasta después de un tiempo (ej. los daños producidos a un paciente en el curso de una operación quirúrgica pueden exteriorizarse al cabo de un año de la operación; si en esas fechas la póliza ya no está en vigor, el médico no podrá reclamar la indemnización a la Compañía ya que aunque el siniestro tuvo lugar en el tiempo de vigencia del seguro, la reclamación se produjo fuera de él). El Tribunal Supremo, en base a tales efectos lesivos, ha declarado nulas en sentencias 20 de marzo de 1991 y 23 de abril de 1992 dos cláusulas de este tipo. (Un comentario de ambas sentencias: SOTO NIETO, F., "Delimitación temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil y la validez de las cláusulas limitativas. Alcance de la doctrina del Tribunal Supremo", *Iniuria*. R.R.C.S., nº1, 1994).

En este sentido, la STS de 17 de junio de 1992⁷⁶¹, que señala que, en lo que respecta a las cláusulas delimitadoras del riesgo, "la denominación es intrascendente, porque llámese como se quiera, en definitiva reducen los derechos del asegurado, y a ellas, se refiere expresamente el art. 3 de la Ley 50/1080 de Contrato de Seguro. [...] Aún cuando algún sector doctrinal no las identifica plenamente, pues entienden que una cosa es una cláusulas limitativa de los derechos del asegurado y otro la que delimita esos derechos del asegurado como puede ser la determinación del riesgo [...], mas esa delimitación se diluye si se piensa que efectivamente las cláusulas que delimitan el riesgo en forma no frecuente constituyen de hecho una limitación de los derechos del asegurado, a las que deben asimilarse"⁷⁶², contrasta con la más reciente de 9 de febrero de 1994⁷⁶³ en la que se considera que las cláusulas de delimitación del riesgo no limitan en ningún caso los derechos del asegurado por lo que no es necesario que sobre ellas recaiga una específica aprobación, siendo suficiente, entonces, para su validez y oponibilidad el consentimiento general del tomador en orden a la conclusión del contrato.

Desde el entendimiento de las cláusulas delimitadoras del riesgo en los contratos de seguro como cláusulas delimitadoras del objeto del contrato⁷⁶⁴, podemos, a nuestro juicio, asimilar aquellas cláusulas a las limitativas de derechos de los asegurados.

⁷⁶¹A.5408.

⁷⁶²La misma línea interpretativa es seguida por las STS 9 de noviembre 1990 (A.8535), 29 de abril de 1991 (A.3067); STS 10 de junio de 1991 (A.4434); STS 25 de octubre de 1991 (A.7390); STS 4 de noviembre de 1991 (A.7918); STS 17 de diciembre de 1992 (A.10306), entre otras, configurando, en esta materia, una doctrina mayoritaria, quebrada por ciertos pronunciamientos contrarios, tanto en la Sala 1ª como en la 2ª del Tribunal Supremo. Por lo que respecta a la jurisprudencia menor, las sentencias de las Audiencias Provinciales han conformado una línea prácticamente uniforme en la materia, aisladas de las decisiones contradictorias del Supremo, apostando por la calificación de las cláusulas de exclusión de los riesgos como auténticas cláusulas limitativas de derechos. Entre otras, vid. SAP Castellón 6 de marzo de 1996 (A.610); SAP Huesca 18 de marzo de 1996 (A.497); SAP Cáceres 9 de mayo de 1996 (A.927); SAP Valladolid 25 de julio de 1996 (A.1451) y SAP Badajoz 5 de noviembre de 1996 (A.2216).

⁷⁶³A.840. Comentada por CALZADA CONDE en C.C.J.C., nº35, 1994, pp.529 a 538.

⁷⁶⁴Así denominadas también por ALPA, G., "Droit italien", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires...*, op.cit., p.141, basándose en la sentencia 4.12.71 de la Corte de Cassazione italiana.

Hay que partir de la idea de que la validez de las cláusulas que delimitan el riesgo en el contrato su validez es irrefutable ya desde el punto de vista de los principios del Derecho común -las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, de acuerdo con el 1255 C.c., siempre que no distraigan obligaciones de carácter esencial-, ya desde la propia LCS, en la que su artículo 1 subordina la obligación de indemnización por parte del asegurador a lo que se haya pactado en el contrato. Las cláusulas de exclusión de riesgos aparecen como los cauces por los que discurre la genérica obligación indemnizatoria⁷⁶⁵.

No obstante su validez en línea de principio, la utilización masiva y abusiva de las cláusulas delimitadoras puede conllevar el peligro de que se produzca un "vaciado" de las obligaciones contractuales, lesionando gravemente las expectativas del asegurado y limitando, a su vez, su derecho al cobro de la indemnización. Este peligro se incrementa notablemente si tenemos en cuenta la posición de inferioridad del asegurado con respecto al asegurador, con suficiente poder económico como para imponer sus condiciones. El abuso que puede suponer la inclusión de estas cláusulas en las pólizas de seguro es, a nuestro juicio, razón para considerarlas como limitativas de los derechos de los asegurados, ya que, como vimos, en última instancia, implican una limitación del derecho a recibir la indemnización cuando se produzca el evento dañoso.

Pero es que además, la asociación conceptual de las cláusulas de exclusión de riesgos a las cláusulas delimitadoras del objeto del contrato determina que se tenga en consideración un último aspecto. Como se expuso al tratar las cláusulas que delimitan en contenido del contrato en el primer capítulo de este trabajo, aunque *stricto sensu* su objetivo directo no es el de limitar la responsabilidad de la Aseguradora -limitar los derechos de los asegurados a obtener la efectiva indemnización en el supuesto que acaezca el evento asegurado- pueden provocar, en la práctica, un efecto similar a auténticas cláusulas limitativas, porque al extraer del contenido del contrato ciertos riesgos indemnizables, acontecerá que al final se estará

⁷⁶⁵Como señala la STS 10 de junio de 1991, "en materia de seguros la cuestión relativa a la determinación objetiva del riesgo tiene carácter dispositivo, por lo que las partes pueden establecer a tal efecto los pactos que estimen convenientes, ello sin perjuicio de que tales cláusulas resulten lesivas para los derechos de los asegurados".

reduciendo la capacidad de la Aseguradora para que proceda a sufragar las correspondientes indemnizaciones.

En definitiva, a nuestro juicio, es no sólo factible sino recomendable desde una perspectiva de tutela del asegurado el hecho de tratar las cláusulas delimitadoras del riesgo en las pólizas de seguro como cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, compeliendo así a la específica aceptación de tales cláusulas.

Se nos presenta ahora la cuestión de analizar cuál es el contenido de la exigencia del artículo 3 LCS acerca de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, o, en otras palabras, cuáles son los requisitos de validez para que efectivamente tales cláusulas puedan oponerse a los asegurados⁷⁶⁶.

Según el primer párrafo del artículo 3 *in fine*, deben concurrir dos exigencias para afirmar la validez de tales pactos. De un lado, han de destacarse "*de modo especial*" en el

⁷⁶⁶La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª y 2ª) se ha mostrado inflexible a la hora de aplicar los límites de validez de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, sobre todo con especial referencia a las delimitadoras de los riesgos asumidos, y dentro de ellas a las que aparecen en el marco de los seguros de responsabilidad civil. Esta modalidad asegurativa, de importancia económica creciente y definida en el artículo 73 de la LCS, surge en el seno de los denominados seguros "de deuda" para "cubrir el riesgo de que el patrimonio del asegurado se vea gravado por la obligación de reparar daños causados a terceros por un hecho del que sea responsable" (BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, 8ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1990, p.528). La delimitación de los eventos dañosos que alcanza la cobertura del seguro es configurada mediante las cláusulas de exclusión de riesgos -denominadas con frecuencia "cláusulas limitativas o exoneratorias de la responsabilidad-. La problemática especial que encierra este seguro viene significada en el art. 76 de la LCS cuando dispone la posibilidad de que el tercero perjudicado ejercite la acción directa contra la aseguradora para reclamar el pago de la indemnización derivada de la deuda de responsabilidad civil. Es precisamente en la tramitación de esta acción cuando, a pesar del mandato del art. 76, que la considera inmune a las excepciones que correspondan al asegurador contra el asegurado y debido reiterada jurisprudencia (vid. STS 31 diciembre 1992, STS 10 junio 1991), puede la aseguradora oponer a la víctima los riesgos excluidos ante el asegurado siempre que hayan sido aceptados conforme a las exigencias del art. 3. La oponibilidad de los riesgos excluidos, considerados por la jurisprudencia como límites objetivos del contrato y no como excepciones personales, no sólo frente al tomador del seguro sino frente al tercero perjudicado implica que se hayan de cumplir rectamente los requisitos de validez de tales cláusulas, para salvaguardar los intereses de la víctima del evento dañosos, extremo frente al cual la jurisprudencia se muestra especialmente intransigente.

articulado de condiciones generales del contrato de seguro. De otro, han de resultar "*específicamente aprobadas por escrito*" por el asegurado.

Se trata de dos requisitos de índole formal tendentes a "llamar la atención del tomador del seguro a fin de que quede advertido de la inclusión de semejantes cláusulas cercenadoras de sus normales derechos"⁷⁶⁷. Se pretende un reforzamiento del consentimiento del asegurado ante la previsión de cláusulas que resultarán en buena medida lesivas para sus intereses.

En efecto, cuando la norma se refiere a que las cláusulas se destaquen "*de modo especial*", parece que se exige que sobresalgan en cierta medida en la póliza, diferenciándose del resto de las condiciones mediante un tratamiento gráfico o material diverso⁷⁶⁸, para luego ser específicamente aprobadas y firmadas. Se necesita, así, una adhesión específica y no meramente indiferenciada, a modo de pacto adicional, como garantía de que ha quedado impuesto a las mismas y que las asume con plenitud de conocimiento⁷⁶⁹. Estaríamos, entonces, ante lo que se ha denominado como requisito de la "doble firma"⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷Cfr. STS 5 de diciembre 1989.

⁷⁶⁸Este requisito fue interpretado en el trámite parlamentario, como indica EMBID IRUJO ("El consumidor ante el derecho de seguros", en AA.VV., *Estudios sobre el Derecho de consumo*, 2ª ed., Bilbao, Ed. Iberdrola, 1994, p.258), aludiendo al empleo de una letra distinta o de un subrayado, aunque algún autor (ILLESCAS ORTIZ, R., "El lenguaje de las pólizas", op.cit., p.364) opina que es más apropiado que se obligue a la utilización de un color diferente. Siguiendo estas indicaciones, la STS 16 de octubre de 1992 rechazó por no cumplimentar este requisito la validez de una cláusula que no difería de las restantes en cuanto a tamaño y calidad de tipos.

⁷⁶⁹Cfr. STS 5 de diciembre 1989; STS 7 diciembre 1989; STS 1 de junio 1992; STS 10 de junio 1992, entre otras. Como señala ILLESCAS ORTIZ ("El lenguaje de las pólizas", op.cit., p.365) "el que tales cláusulas hayan de ser aceptadas por escrito implica la necesidad de que en relación a las mismas se produzca un particular signo gráfico. Si la aceptación ha de ser específica supone que ésta ha de ser distinta de la declaración de voluntad omnicomprendiva relativa al convenio en su generalidad".

⁷⁷⁰Denominado así por la STS 18 de julio 1987.

II. EN MATERIA DE TRANSPORTES

El contrato de transporte, "aquél por el cual el porteador se obliga, mediante un precio a trasladar de un lugar a otro a personas o cosas"⁷⁷¹, es el soporte jurídico de una actividad económica, ligada al propio comportamiento humano derivado de la necesidad de desplazarse y desplazar las cosas. El transporte ya de mercancías ya de personas juega un papel destacadísimo allí donde exista indicio de actividad comercial, constituyéndose, a la vez, en causa del desarrollo económico y progreso tecnológico de cualquier país.

Su marco jurídico, el Derecho de transportes, conforma un sector del ordenamiento en constante actualización caracterizado por una marcada especialización, ya que cada medio de transporte tiende a su propia reglamentación; por una internacionalización acusada, fruto de las crecientes relaciones comerciales entre los distintos Estados y del deseo de éstos en gozar de cierta uniformidad y seguridad jurídica; por un profundo intervencionismo, reflejado en múltiples leyes de Derecho público y derivado no sólo del interés público-económico inherente al transporte sino de la preocupación estatal por la protección de los usuarios; y, finalmente, por una naturaleza multidisciplinar⁷⁷² -en él convergen muchas disciplinas de nuestro Derecho.

Teniendo en cuenta estas coordenadas, y ya desde la perspectiva jurídico-privada, la regulación del transporte, y del contrato de transporte, en particular, de naturaleza habitualmente mercantil, gira alrededor de dos ejes nucleares. En primer término, las disposiciones del Código de comercio dedicadas tanto al contrato de transporte en general como a su homónimo marítimo, completadas por normas que fueron puntualizando diversos aspectos de la actividad transportística, conforman un primer bloque de "Derecho interno" - en este sentido, son dignas de mención la Ley de Transporte Marítimo de 1949, la Ley de

⁷⁷¹SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, op.cit., p.551.

⁷⁷²La descripción del Derecho de transportes en base a estas cuatro características, en ALTER, M., *Droit des transports terrestres, aériens et maritimes internes et internationaux*, 2ªed., París, Ed. Dalloz, 1989, p.4 y ss.

Navegación Aérea de 1961, la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres de 1987-. Por otro lado, mas no con menos relevancia, un segundo bloque compuesto por los abundantes Convenios internacionales regulan el transporte internacional.

Definido el contrato de transporte como aquél por el cual el porteador se obliga a efectuar el traslado de un lugar a otro de mercancías o personas, cobra auténtico protagonismo la figura del porteador porque de él depende no sólo el éxito del transporte -entendido como traslado- sino el buen estado de la mercancía o del pasajero, en su caso. Esto es, asume además de la obligación principal del transporte en sí, la, no menos principal, de la custodia de los efectos transportados⁷⁷³.

El porteador responde, entonces, si incumple bien la obligación de transportar (inejecución total, parcial o demora) bien la de custodiar los objetos transportados (en caso de pasajeros, se hablaría, más bien, de obligación de seguridad).

La responsabilidad del porteador, la denominada responsabilidad *ex recepto*, es generalmente de corte subjetivo⁷⁷⁴ -salvando la excepción que supone la Ley de Navegación Aérea que impone en el ámbito del transporte aéreo una responsabilidad objetiva pero limitada-. Así, el porteador no responde del incumplimiento o pérdida de la mercancía en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor o cuando aquélla sea consecuencia de la naturaleza o vicio propio de las cosas. No obstante, pesa sobre él la prueba de estas circunstancias o, lo que es lo mismo, pesa sobre él la presunción de que ha incumplido por su culpa, de ahí que se haya considerado especialmente rigurosa tal responsabilidad, dada la dificultad, en

⁷⁷³ Acerca de las obligaciones y responsabilidad del porteador, vid. BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, op.cit., 10ªed., p.483 y ss. y 827 y ss.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., *Derecho mercantil*, 2ªed., T.II, p.545 y ss. y 805 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, op.cit., p.550 y ss. y 663 y ss.; URÍA, R., *Derecho mercantil*, op.cit., p.614 y ss. y 1056 y ss.

⁷⁷⁴ Así, por ejemplo, para el transporte terrestre, el artículo 361 del Código de comercio señala que "*Las mercaderías se transportarán a riesgo y ventura del cargador, si expresamente no se hubiere convenido lo contrario. En su consecuencia, serán de cuenta y riesgo del cargador todos los daños y menoscabos que experimenten los géneros durante el transporte, por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas. La prueba de estos accidentes incumbe al porteador*".

ocasiones, de la prueba de tales eventos.

Hasta aquí se ha definido un régimen de responsabilidad que en nada difiere del apuntado por el Código civil para el incumplimiento de las obligaciones. Pero, si bien el deudor culpable responde por los daños efectivamente ocasionados y por el lucro cesante (art.1107 C.c.), el porteador se desmarca ahora del régimen general y va a responder únicamente por el valor de las mercancías, si es posible su estimación, o por cantidades alzadas fijadas legalmente⁷⁷⁵. Así, la responsabilidad se limita cuantitativamente, salvo supuestos muy especiales, por ejemplo, cuando se constate la existencia de dolo o culpa grave.

Es factible dentro de este sistema la restricción convencional de la responsabilidad del transportista, confirmada, con carácter general, en el artículo 361 del Código de comercio (*"Las mercaderías se transportarán a riesgo y ventura del cargador, si expresamente no se hubiere convenido lo contrario"*). Tales modificaciones convencionales de la responsabilidad del porteador ya por incumplimiento o por retraso en la ejecución siguen, por lo que se refiere a su régimen jurídico, los criterios generales analizados. Se sujetan a los artículos 1255 y 1102 del Código civil y las normas de la LCU, en caso de que se incluyan en condiciones generales.

Así las cosas, son válidas las limitaciones de responsabilidad, en rigor, las atenuaciones de las limitaciones legales, salvo los casos de culpa grave o dolo. Más discutible podría resultar la validez de los pactos exonerativos. Acerca de este extremo algunos autores -VICENT CHULIÁ⁷⁷⁶ y GONZÁLEZ PORRAS⁷⁷⁷, entre otros- se han pronunciado para

⁷⁷⁵ Así, art. 363 y ss. C.co., y art.23 LOTT y 3 del Reglamento, para el transporte terrestre. Con relación al transporte marítimo, el Código de comercio no prevé limitaciones a las indemnizaciones, mas declara aplicables las señaladas para el terrestre.

⁷⁷⁶ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 3ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1990, p.308.

⁷⁷⁷ GONZÁLEZ PORRAS, J.M., "Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transportes y su conexión con el seguro de

negar radicalmente la posibilidad de excluir la responsabilidad del porteador, aun en caso de culpa leve, mas, a nuestro juicio, no habiendo prohibición expresa al respecto deben considerarse válidas dentro de los límites apuntados (no obstante, pocas podrían superar el obstáculo que supone el orden público, en su componente económico). Por supuesto, serán nulas las cláusulas exoneratorias o limitativas en el transporte de personas en cuanto afecten a daños personales ya que la integridad física está en juego⁷⁷⁸.

Sin embargo, existen límites específicos para las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en el ámbito de ciertos contratos de transporte, impuestos por leyes de carácter especial. Del análisis de estos límites especiales nos ocuparemos en las páginas que siguen.

1. LA LEY DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE 1949: EL ARTÍCULO 10

Fue en el ámbito del Derecho marítimo y precisamente en el seno del contrato de transporte de mercancías donde a partir del siglo pasado comenzaron a insertarse cláusulas tendentes a exonerar o limitar la responsabilidad del porteador, cuyo origen primario se remonta a la noción de abandono del buque y a la "*negligence clause*" del Derecho marítimo⁷⁷⁹. Las nuevas condiciones del transporte, sobre todo en lo que se refiere a las

la responsabilidad civil general)", *R.D.M.*, nº150, 1978, p.506 y ss. "Tales pactos de exoneración - señala el autor- van contra el principio de conservación de los contratos que es una exigencia de todos los tiempos; exigencia que se funda en un principio general de economía y en la presunción de la seriedad en quien emite una declaración de voluntad [...] Seámos, por lo tanto, permitido el dudar de la eficacia de los llamados pactos o cláusulas de exoneración de las responsabilidades de los porteadores-transportistas, no otorgándoles un serio fundamento jurídico que pueda encuadrarlas dentro de la teoría general de las obligaciones; no cabe duda de que tales cláusulas matan el contrato". (p.507).

⁷⁷⁸Como declara JIMÉNEZ SÁNCHEZ (*Derecho mercantil*, op.cit., T.II, p.551), "tampoco parece posible mantener la validez de las cláusulas limitativas en estos casos ni sobre la base de la existencia de la "doble tarifa" -conexión de la menor cobertura del riesgo de incumplimiento con un menor precio de la prestación- pues ni siquiera en estos casos la causa de los pactos dejaría de estar viciada (arg.ex art.1257)".

⁷⁷⁹Cfr. MUZUAGHI, A-S., *Le declin des clauses...*, op.cit. p.6. Como señala este autor, estas cláusulas - "que aparecen en los conocimientos de embarque y eximen a los propietarios de

nuevas técnicas de navegación -es la era de la máquina de vapor- dotaron a la responsabilidad del porteador de una especial trascendencia, agravada por la circunstancia de la cada vez más difícil prueba del caso fortuito, que junto con la fuerza mayor se constituían en las dos únicas causas de exoneración de la responsabilidad. Fruto de la onerosidad que suponía el transporte marítimo de mercancías afloraron en los contratos de transporte las cláusulas por las que el transportista declinaba su responsabilidad en determinados supuestos⁷⁸⁰, siendo las más frecuentes las que expresaban "ignoro peso y contenido y no respondo de roturas ni derrames"⁷⁸¹.

responsabilidad respecto de daños en la carga por negligencia o falta del capitán, marineros u otros que ejecuten sus trabajos": ECHEVARRÍA RIVERA, L., "Algunas cláusulas interesantes de los documentos de Derecho marítimo", *R.D.M.*, 1961, p.434- fueron muy utilizadas, sobre todo y en un primer momento, en los contratos de transporte marítimo de los países anglosajones, lo que originó una reducción considerable de la tarifa de flete de los naveros ingleses. Ante esta situación, los transportistas y empresarios de los demás países decidieron tomar las mismas medidas, ya que, de otro modo, no podían competir con aquellos precios. De esta forma se generalizaron en Europa las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en los conocimientos de embarque.

⁷⁸⁰Entre las *cláusulas de exoneración*, por las que el porteador se declaraba irresponsable de los daños irrogados a las mercancías, eran usuales tres tipos de convenciones: 1º aquéllas relativas a la constatación del cargamento y, en consecuencia, a la extensión de la obligación de entregar (cláusulas "peso desconocido", "ignoro peso", "cantidad desconocida", cláusulas "dice ser", "sin probar", etc.); 2º cláusulas relativas a las causas que han producido la pérdida o la avería o el retardo (cláusulas que establecen la irresponsabilidad del porteador debido a robos, incendio, vicios de la nave, abordaje y otros siniestros marítimos); y 3º cláusulas relativas al género particular de avería en la cual pudiera estar implicada la mercancía, sin consideración a la causa (mortalidad en caso de transporte de animales, deterioramiento de la fruta, etc.). Destacaban también, entre las cláusulas exoneratorias, las citadas *negligence clauses*, en las que el porteador se irresponsabilizaba con carácter general de su negligencia, de la impericia del capitán y de la tripulación, así como de cualquier persona embarcada, y las *insurance clauses*, por las que se exoneraba de los riesgos contra los cuales el cargador habría podido asegurarse. También las *cláusulas limitativas* eran frecuentes ya por retardo en la entrega o por la pérdida de las mercancías. Cfr. BERLINGIERI, F., "Sulle clausole di irresponsabilità degli armatori", en *VI Congresso Giuridico Nazionale. Relazione*, Milano, 1906, p.59 y ss.; D'OVIDIO, L., "Studii sulle clausole di irresponsabilità", *Rivista di Diritto della Navigazione*, 1938-I, p.305 y ss.; ASCARELLI, T., "Clausole di esonerazione da responsabilità nel trasporto marittimo e inversione convenzionale dell'onere della prova", in *Studi in tema di contratti*, Milano, Giuffrè Ed., 1952, p.277 y ss.

⁷⁸¹Existe abundante jurisprudencia acerca de las cláusulas "ignoro peso, contenido, calidad y estado de la mercancía, y no respondo de roturas ni derrames", generalmente consignadas por el Capitán en los conocimientos de embarque. El Tribunal Supremo en numerosas sentencias (STS 14 diciembre 1949 -A.1478-, STS 3junio 1949 -Rep.Jur.724-, STS 31 marzo 1955 -A.1540-, STS 22 octubre 1957 -A.3389-, STS 16 diciembre 1957 -Col.Leg.781-, entre otras) ha declarado que tales cláusulas "no son en modo alguno exoneratorias de responsabilidad del porteador, pues contra su

En un principio, los pactos de no responsabilidad del porteador gozaron de la anuencia de los Estados, con excepción de la legislación norteamericana⁷⁸² que se mostró desde un primer momento desfavorable. La admisión de las cláusulas de exoneración de responsabilidad en el transporte marítimo respondía a razones de interés nacional: los transportes marítimos de mercancías eran normalmente de carácter internacional y los Estados tendían a proteger a sus marinas mercantes.

Sin embargo, la inicial aprobación estatal de las cláusulas de exoneración de responsabilidad dió paso a un profundo malestar por el abuso que de ellas se venía efectuando. Esta evolución, que se plasmó en fuertes críticas jurisprudenciales, se consagró primero en las Reglas de la Haya de 1921- con clara inspiración en la mentada Harter Act de 1893-, recogidas posteriormente por el Convenio de Bruselas de 1924 -cuyo artículo 3.8º negaba toda eficacia a las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad del porteador-, con el cual se puede decir que concluye el movimiento dirigido a reprimir los abusos que representaban la introducción de cláusulas de irresponsabilidad en las cartas de porte⁷⁸³.

La recepción del Convenio de Bruselas en nuestro país se realizó mediante la

contenido cabe la prueba en todo caso, ya se trate de dolo, negligencia o falta en el cumplimiento de los deberes que al porteador incumben de su parte, bien de modo directo o subsidiario en el contrato de transporte marítimo, [...] sino que son sencillamente la consignación de un hecho que no tiene otra virtualidad jurídica respecto al contrato en el que se inserta, que invertir la carga de la prueba, toda vez que al no aceptar el capitán la declaración de peso, calidad y contenido de los objetos transportados, hecha unilateralmente por el cargador, obliga a éste cuando formule reclamación sobre alguno de tales extremos a probar de manera fehaciente, para tener eficacia en su acción, que era cierta la declaración referente a los mismos consignada en el dicho conocimiento de embarque [...]" (STS 10 diciembre 1949, Rep.Juris.1652, CDO.1º). Asimismo, recientes sentencias (vgr. STS 15 diciembre 1990 -A.10072-, SAP Sevilla 19 abril 1993) han confirmado la tesis de la inversión de la carga de la prueba como único efecto que llevan aparejado las cláusulas citadas.

⁷⁸²La Harter Act de 1893 declara nulas las *negligence clauses*, si bien su artículo tercero exonera al armador de la responsabilidad por pérdidas resultantes de culpas o errores de navegación o de conducción del navío. VICENTE Y GELLA, F., "Convenciones de no responsabilidad", op.cit, p.883.

⁷⁸³Cfr. AULETTA, G., "Limitazione di responsabilità del vettore marittimo", *Rivista di Diritto della Navigazione*, 1952-I, p.180.

promulgación de la Ley de Transporte Marítimo de 25 de agosto de 1949, inspirada básicamente en el propósito de proteger al cargador frente a la irresponsabilidad que contractualmente favorecía de ordinario al porteador⁷⁸⁴. La Ley fue parcialmente modificada por la entrada en vigor de dos Protocolos modificadores a su vez de lo establecido en el Convenio de Bruselas, derogándose los artículos 11, 22 23 y 24 de la misma. Actualmente, es inminente la nueva adaptación de la LTM a lo instituido por las Reglas de Hamburgo, de 31 de marzo de 1978 -ya en vigor desde el 1 de noviembre de 1992- que han reformado lo concerniente al sistema de limitación legal de las indemnizaciones.

Su artículo 10, que resume la solución del Convenio de prohibir las cláusulas de exoneración de responsabilidad, prescribe lo siguiente:

"Toda cláusula, convenio o acuerdo en un contrato de transporte que exonere al porteador o al buque de responsabilidad por pérdida o daños relativos a las mercancías, que provengan de negligencia, falta o incumplimiento de los deberes y obligaciones señaladas en los artículos anteriores, o que atenúe dicha responsabilidad en otra forma que no sea la determinada en la presente Ley, será nula, ineficaz y se tendrá por no puesta. Del mismo modo será nula toda cláusula que ceda al porteador el beneficio del seguro contratado por el cargador o cláusula semejante que tenga por objeto eximir a aquél de responsabilidad".

La norma, que traduce literalmente lo establecido en el artículo 3 del Convenio de Bruselas, extiende su radio de acción a aquellos contratos cuyo objeto sea el transporte marítimo internacional de mercancías (definido en el artículo 1 de la Ley)⁷⁸⁵. Quedan

⁷⁸⁴Cfr. STS 21 de junio de 1980 (A.2726).

⁷⁸⁵Como señala el artículo 1º, "La presente Ley tiene por objeto regular las relaciones entre los elementos interesados en el transporte de mercancías por mar, y se aplicará solamente aa contrato de transporte internacional, formalizado en las condiciones que expresa el artículo siguiente". No obstante, el ámbito de aplicación de la norma se reduce a los países firmantes del Convenio del Bruselas. Con aquellos Estados que no hayan ratificado dicho Convenio, la LTM dejará paso a las normas del Código de Comercio.

excluidos, entonces, los transportes desarrollados en un ámbito exclusivamente nacional. Sin embargo, debido a la parca regulación del contrato de transporte marítimo en el ámbito nacional, es común que las partes se sometan voluntariamente a las reglas de la Ley de Transporte Marítimo, ampliando, así, su esfera de aplicación.

Para comprender el alcance del precepto es preciso delimitar previamente el sistema de responsabilidad que establece la LTM para el porteador, advirtiendo, ya desde un primer momento su carácter imperativo.

La responsabilidad del porteador surge, con arreglo a la Ley, desde el momento en que aquél incumple sus obligaciones esenciales, que se traducen en la obligación de transportar las mercancías y de custodiarlas, siempre que concorra culpa ya en el porteador ya en sus dependientes, determinados por la figura del capitán y del resto de la tripulación⁷⁸⁶. Es, por tanto, un sistema de claro corte culpabilístico⁷⁸⁷.

Desde otra perspectiva, la responsabilidad del porteador se ve atenuada por la circunstancia de su irresponsabilidad por las faltas náuticas de sus dependientes (art. 8.3, apdo.a). La distinción entre faltas comerciales -"las derivadas de negligencia en la carga, estiba, desestiba y descarga de la mercancía y del cuidado y custodia de ésta durante el viaje"⁷⁸⁸- y faltas náuticas -"referentes a la navegación y a la administración del buque"⁷⁸⁹- aparece como una de las características destacadas de la LTM, a diferencia del Código de Comercio que, en general, establece en sus artículos 618, 619 y 620 una

⁷⁸⁶SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, op.cit., p.680.

⁷⁸⁷La introducción del sistema de responsabilidad por culpa del porteador, sobre todo en lo referente a la navegabilidad del buque, se debe a las Reglas de la Haya, aunque no con carácter innovador -su origen se encuentra en la Harter Act americana de 1893-, y obedece a una solución de compromiso entre navieros y cargadores. POLO, E., "Responsabilidad por falta de navegabilidad", *R.J.C.*, 1969, p. 899.

⁷⁸⁸ECHEVARRÍA RIVERA, L., "Algunas cláusulas interesantes de los documentos...", op.cit., p.435.

⁷⁸⁹ECHEVARRÍA RIVERA, L., "Algunas cláusulas interesantes en los documentos...", op.cit., p.435.

responsabilidad genérica del porteador marítimo por las faltas de sus dependientes⁷⁹⁰.

Una vez probada la falta de diligencia debida del porteador o de sus dependientes e imputada, así, la responsabilidad al porteador, éste no ha de indemnizar íntegramente a la otra parte contratante. La Ley atenúa considerablemente la deuda del porteador mediante un sistema que calcula el límite del resarcimiento de acuerdo con el valor de las mercancías -si se ha declarado en el conocimiento de embarque- o, en su defecto, con el precio de aquéllas en el puerto de descarga⁷⁹¹.

En consecuencia, la responsabilidad del porteador ha de seguir estos derroteros. La posibilidad que antaño se le confería en orden a modificar convencionalmente su responsabilidad, se entiende en su beneficio, está a partir de la LTM vedada absolutamente. El artículo 10 es nítido en este sentido. Prohíbe la inserción en los conocimientos de embarque, documentos representativos del contrato de transporte marítimo, de cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad del porteador, ya sea directa o indirectamente (art. 10 *in fine*), si bien deja la puerta abierta a cualquier tipo de pacto cuyo objetivo sea agravarla.

⁷⁹⁰Sin embargo, el régimen establecido en el Código de Comercio es susceptible de modificación convencional por las partes por medio de cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad, siempre, como asegura la Sentencia 19 abril de 1993 de la Audiencia de Sevilla, "que no se trate de cláusulas de estilo o impresas, sino de resrvas concretas, formuladas por el Capitán y fundadas, pues de otro modo los conocimientos de embarque han de tenerse por limpios y la responsabilidad del porteador ha de presumirse, salvo prueba en contrario" (F.J.7º).

No obstante, y con base en el tenor literal del art.620 algunos autores han estimado nulas las cláusulas de exoneración en caso de falta propia del capitán (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., *Derecho mercantil*, op.cit., p.814). Sobre este extremo, vid. también HERNÁNDEZ IZAL, S., "La cláusula de limitación de la responsabilidad en los conocimientos de embarque", *R.D.M.*, 1953, p.319 y ss., un estudio casuístico de las posibilidades más frecuentes de limitación de la responsabilidad.

⁷⁹¹Así lo expresa el artículo 11 de la LTM: "*El porteador y el buque serán responsables de las pérdidas o daños causados a las mercancías con arreglo al valor que el cargador haya declarado por bulto o unidad, siempre que dicha declaración conste en el conocimiento de embarque y no haya formulado en el mismo la oportuna reserva [...]. Si el cargador no hubiera declarado en el conocimiento de embarque el valor de las mercancías, per sí su naturaleza y el porteador no hubiera formulado reserva sobre dicha declaración en el conocimiento se atenderá el porteador, para la indemnización, al precio de la mercancía en el puerto de embarque, pero limitado siempre ese valor a la cantidad de 5000 pts. por bulto o unidad [...]*". Sin embargo, estos límites no son aplicables en caso de incumplimiento doloso del porteador.

2. EL CONVENIO DE GINEBRA DE 1956 RELATIVO AL CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA (CMR): EL ARTÍCULO 41

El Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías, denominado comúnmente CMR, se firmó en Ginebra el 19 de mayo de 1956. Fruto de los trabajos elaborados en el seno de las Naciones Unidas e inspirado en el Convenio de Varsovia, fue ratificado por la mayor parte de los Estados europeos, entre ellos España, que lo hizo mediante instrumento de 12 de septiembre de 1973 (publicado en el B.O.E. el 7 de mayo de 1974, fecha desde la cual está en vigor)⁷⁹².

Su ámbito de aplicación se reconduce al transporte de mercancías por carretera, siempre que se cumplan las condiciones especificadas en los artículos 1 y 2 del Convenio, a saber, que se trate de un transporte a título oneroso, que se efectúe por vehículos automóviles simples o articulados, por remolques o semiremolques y que el lugar de carga de la mercancía y el de destino se sitúen en dos países distintos, uno de los cuales, al menos, ha de ser un Estado contratante⁷⁹³.

Desde el punto de vista subjetivo, la CMR sólo concierne a las relaciones entre transportistas ya sean privados o públicos (Estado u organización pública), de una parte, y los expedidores o destinatarios, de otra, no rigiendo, por tanto, en los supuestos de comisión de transporte. Es indiferente además la nacionalidad o domicilio de las partes, en el sentido de que pertenezcan o no a Estados firmantes⁷⁹⁴: es el dato objetivo de la ruta del transporte el que sirve de criterio para la adscripción del contrato al ámbito de aplicación del Convenio.

⁷⁹²Un estudio sobre la Convención CMR en SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J., *El contrato de transporte internacional. CMR*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996.

⁷⁹³Según el artículo 1.4 están excluidos: los transportes efectuados bajo la regulación de convenios postales internacionales, los transportes funerarios y los transportes de mudanzas.

⁷⁹⁴Cfr. RODIÈRE, R. y MERCADAL, B., *Droit des transports terrestres et aériens*, 5ª ed., París, Ed. Dalloz, 1990, p. 159.

A lo largo de sus 51 artículos, algunos de los cuales han sido modificados por el Protocolo de Ginebra de 5 de julio de 1978, ratificado por España mediante instrumento de 23 de septiembre de 1982, el Convenio regula los aspectos axiales del contrato de transporte, dedicando íntegramente un capítulo, el cuarto, a la determinación de la responsabilidad del porteador, la cual no difiere básicamente de la regulada en nuestro Código de comercio.

En este sentido, el artículo 17 sienta el principio de responsabilidad por culpa del transportista que se genera cuando, existiendo negligencia, "falla en cumplir su obligación fundamental de hacer llegar la mercancía al destinatario en buen estado, íntegra y dentro del plazo convenido, si lo hubiere"⁷⁹⁵. Tal incumplimiento puede reconducirse a tres supuestos básicos: pérdida total o parcial de la mercancía, averías y retraso en la entrega. El porteador puede, no obstante exonerarse de tal responsabilidad probando la existencia de alguna de las circunstancias especificadas en el artículo 17.4 del Convenio, relativas, en términos generales, a riesgos inherentes al propio contrato de transporte. La responsabilidad, una vez probada la culpa del porteador, se limitará cuantitativamente con arreglo a lo establecido en los artículos 23 y siguientes.

Las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad resultan prohibidas por el tenor del artículo 41 del Convenio, ubicado en el Capítulo VIII:

"Bajo la reserva de las disposiciones del artículo 40, toda cláusula que directa o indirectamente derogue el presente convenio será nula y no tendrá ningún efecto. La nulidad de tales cláusulas no lleva aparejada la nulidad de las demás cláusulas del contrato.

En particular, serán nulas de pleno derecho todas las estipulaciones por las que el transportista se coloque como beneficiario del seguro de la mercancía o análogas, así como las cláusulas que inviertan la carga de la prueba".

La nulidad de pleno derecho pesa, por consiguiente, sobre cualquier cláusula que

⁷⁹⁵SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J., *El contrato de transporte...*, op.cit., p.148.

contravenga, directa o indirectamente, las reglas del Convenio -entre ellas los preceptos relativos a la responsabilidad del transportista-, nulidad que se justifica "porque las normas de éste son imperativas, y por tanto inderogables por la voluntad negocial"⁷⁹⁶.

Entre las cláusulas referentes a la responsabilidad que, con arreglo al precepto, serían afectadas de nulidad parcial podríamos citar⁷⁹⁷: aquellas cláusulas que exoneraran de responsabilidad totalmente al transportista ante hipótesis no consideradas en el apartado cuarto del artículo 17 (causas de exoneración tasadas); las que variasen el límite legal indemnitorio fijado en la Convención; las que implicasen una imputación de los riesgos asumidos por el transportista al remitente o viceversa, esto es, las que responsabilizaran al porteador de los daños de las operaciones de estiba y desestiba; y, por último, las cláusulas que modificasen la atribuciones de la carga probatoria que la CMR expresamente ha previsto, es decir, las inversiones de la carga de la prueba en los supuestos que regula la Convención (art.17.2; 18.1; 22.1; 30.1 de la CMR).

No obstante, es preciso realizar una matización de la mano de la excepción que el propio artículo 41 sienta. Como se deduce del tenor literal del primer párrafo, el principio de inderogabilidad quiebra en el supuesto del artículo 40, que a su vez se remite a los artículos 37 y 38, reguladores del derecho de repetición en caso de que el contrato de transporte haya sido ejecutado por más de un transportista. Según el art.37, *"el transportista que haya pagado una indemnización en virtud de las disposiciones [...] tiene derecho a repetir por el principal, intereses y gastos contra los transportistas que hayan participado en la ejecución del contrato de transporte, de acuerdo con las disposiciones siguientes [...]"*. De la facultad concedida por el Convenio en orden a la derogación o modificación de esta

⁷⁹⁶GÓMEZ CALERO, J., *El transporte internacional de mercancías*, Madrid, Ed. Civitas, 1984, p.55. Incluso se ha dicho que la inderogabilidad afecta a los supuestos "en los que el transportista pretende ofrecer (al usuario) mejores condiciones que las previstas en la propia Convención" y ello "porque sus redactores han intentado preservar la igualdad en los términos de competencia comercial entre los diversos transportistas, impidiendo a la vez que un usuario económicamente más fuerte impusiera exigencias abusivas". (Cfr. SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J., *El contrato de transporte...*, op.cit., p.339).

⁷⁹⁷Cfr. SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J., *El contrato de transporte...*, op.cit., pp.341 a 345.

regla, se puede inferir claramente la potestad del porteador para introducir cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad *frente a los transportistas co-responsables*, pero nunca frente a los expedidores o destinatarios de la mercancía.

3. EL CONVENIO DE VARSOVIA DE 1929 SOBRE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: EL ARTÍCULO 23

El Convenio de Varsovia, firmado el 12 de octubre de 1929 (Gaceta núm.233 de 21 de agosto de 1931) y elaborado a iniciativa de Francia⁷⁹⁸, presenta la originalidad de abordar conjuntamente el transporte aéreo de mercancías y de pasajeros, como se pone de manifiesto en el artículo 1º, definidor de su ámbito de aplicación: "*El presente Convenio se aplica a todo transporte internacional de personas, equipajes o mercancías efectuado contra remuneración, en aeronave*"⁷⁹⁹.

La evolución de la técnica e incremento de la seguridad en los desplazamientos unida a la voluntad de ciertos países en procurar una mejora en los derechos de los usuarios del transporte aéreo, especialmente en aquéllos relativos a la reparación e indemnización, se constituyeron en objetivos primordiales de este Convenio⁸⁰⁰, que, pese al éxito que obtuvo - más de ciento veinte países lo han ratificado-, no tardó mucho en ser modificado. El Protocolo de La Haya de 1955 inició un proceso de reforma en la línea de ampliar los

⁷⁹⁸En lo relativo a la elaboración del Convenio y al anteproyecto presentado por Francia, vid. RODIÈRE, R. y MERCADAL, B., *Droit des transports...*, op.cit., p.162 y ss.

⁷⁹⁹El interrogante de cuándo un transporte es internacional queda despejado en el párrafo segundo del propio artículo primero, modificado por el Protocolo del 55: "*A los fines del presente Convenio, la expresión "transporte internacional" significa todo transporte en el que, de acuerdo con lo estipulado por las partes, el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados, bien en el territorio de dos Altas Partes contratantes, bien en el territorio de una sola Alta Parte contratante si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado aunque éste no sea Alta Parte contratante. El transporte entre dos puntos dentro del territorio de una sola Alta Parte Contratante, sin una escala convenida en el territorio de otro Estado, no se considerará transporte internacional a los fines del presente Convenio*".

⁸⁰⁰Cfr. ALTER, M., *Droit des transports...*, op.cit., p.16.

plaffonds de la reparación y suprimir determinadas causas inicialmente previstas como exoneradoras de la responsabilidad del transportista⁸⁰¹. Posteriormente, y debido a la denuncia del convenio por Estados Unidos, se procede a nuevos cambios a través de los Acuerdos de Montreal de 1966, acuerdos de carácter provisorio, cuyo alcance se reduce al transporte de pasajeros. Se han firmado también otros protocolos: el de Guatemala de 8 de marzo de 1971, y los cuatro adicionales de Montreal de 25 de septiembre de 1975, que han incidido, sobre todo, en la modificación sucesiva de los montantes indemnizatorios⁸⁰². Finalmente, en esta línea, es digna de mención la Propuesta de Reglamento del Consejo UE relativo a la responsabilidad de las Compañías aéreas en caso de accidente, presentada a la Comisión en febrero de 1996, que intenta suprimir todos los límites de responsabilidad en caso de daños personales a los pasajeros⁸⁰³.

Nuevamente observamos la misma línea maestra en la regulación de la responsabilidad del transportista aéreo. Éste será responsable de los daños físicos ocasionados a los viajeros, de la destrucción, pérdida o avería de los equipajes facturados o mercancías, siempre que los daños mencionados se hayan producido durante el transporte aéreo y que no pruebe que él y sus comisionados tomaron las medidas necesarias para evitar el daño o les fue imposible tomarlas (art.17, 18, 19 y 20). En caso de que se acreditara la responsabilidad del transportista, las limitaciones se limitarán a las cantidades señaladas por el artículo 22⁸⁰⁴ (sucesivamente modificado por los Protocolos).

⁸⁰¹ Las modificaciones operadas por el Protocolo de la Haya de 1955 se resumen en tres aspectos principales: el incremento, al doble, de los montantes de las indemnizaciones, la definición de la *faute lourde* y la supresión de las faltas de pilotaje y navegación como causas exoneradoras de la responsabilidad del transportista. En este sentido, vid, ALTER, M., *Droit des transports...*, op.cit., p.17.

⁸⁰² Más detalladamente, GÓMEZ CALERO, J., *El transporte internacional...*, op.cit., p.139 y ss.

⁸⁰³ DOCE C n°104 18, de 10 de abril de 1996.

⁸⁰⁴ Las limitaciones estalecidas por el Convenio no entran en juego cuando se acredite un incumplimiento doloso, según el artículo 25. Por su parte, el artículo 3 de la Propuesta de Reglamento de la CE citado decreta la abolición de cualquier limitación legal o convencional de las indemnizaciones en caso de accidente aéreo, aunque sólo con respecto a los daños personales sufridos por los pasajeros (muerte, heridas o lesiones corporales). Con respecto a los daños materiales se impone un límite legal de 100.000 ecus, que no podrá ser excluido por las Compañías aéreas

El régimen enunciado es imperativo y son nulas las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad. El artículo 23, modificado por el Protocolo del 55 que le añadió un nuevo párrafo, prescribe que:

"Toda cláusula que tienda a exonerar de su responsabilidad al porteador o a señalar un límite inferior al que se fija en el presente Convenio será nula y de ningún efecto, pero la nulidad de dicha cláusula no implica la nulidad del contrato que permanecerá sometido a las disposiciones del presente Convenio.

Lo previsto en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicará a las cláusulas referentes a pérdida o daño resultante de la naturaleza o vicio propio de las mercancías transportadas".

Se sanciona así la nulidad de cualquier cláusula exoneradora o limitadora de la responsabilidad del transportista aéreo internacional⁸⁰⁵.

4. EL CONVENIO DE ATENAS DE 1974 SOBRE EL TRANSPORTE DE PASAJEROS Y SUS EQUIPAJES POR MAR: EL ARTÍCULO 18

El Convenio de Atenas de 1974, en vigor en España desde 1987 (B.O.E. 6 de mayo de 1987), junto con su Protocolo modificador de 19 de noviembre de 1976 (B.O.E. 9 de octubre de 1990), preceptúa el denominado "contrato de pasaje" -contrato de transporte marítimo de personas- a nivel internacional⁸⁰⁶.

demonstrando que ellas y sus agentes adoptaron todas las medidas necesarias para evitar el perjuicio o que les resultó imposible adoptar dichas medidas.

⁸⁰⁵En el sector de los vuelos domésticos la L.N.A. carece de una norma semejante, mas la posibilidad de que el porteador limite o se libere de responsabilidad resulta igualmente vedada desde el momento en que la Ley impone un régimen de responsabilidad objetiva (art. 120 y 121), no susceptible de ser negociado por las partes.

⁸⁰⁶El artículo 2 del Convenio precisa claramente su ámbito de aplicación: *"El presente Convenio será de aplicación a cualquier transporte internacional siempre que: a) El buque enarbole el pabellón de un Estado Parte en el Convenio o b) El contrato de transporte haya sido concertado en un Estado Parte en el Convenio o c) De acuerdo con el contrato de transporte el lugar de partida o el de destino estén situados en un Estado Parte en el Convenio"*, entendiendo que "contrato de transporte" a los

En el mismo sentido que los Convenios hasta ahora estudiados, el Convenio de Atenas obliga al transportista a responder por los daños ocasionados a los pasajeros o a sus equipajes en el supuesto de que exista culpa por su parte o por sus empleados, que se presumirá salvo prueba en contrario (art.3). El artículo 18 priva de efectos a cualquier intento de las partes en orden a sustraerse del régimen de responsabilidad o del sistema de indemnizaciones tasadas legalmente, en los siguientes términos:

"A reserva de lo estipulado en el párrafo 4 del art. 8, se tendrá por nula y sin efecto toda cláusula contractual que, convenida antes de ocurrido el hecho causante de la muerte o lesión corporal de un pasajero o de la pérdida o daños sufridos por su equipaje, pretenda eximir al transportista de su responsabilidad con respecto al pasajero o establecer un límite de responsabilidad inferior al fijado por el Convenio, y cualquier estipulación cuyo objeto sea desplazar la carga de la prueba que recae en el transportista o limitar la responsabilidad de elección mencionado en el párrafo 1 del artículo 17, si bien la nulidad de tales disposiciones no dejará sin efecto el propio contrato de transporte, que quedará sujeto a las disposiciones del presente Convenio".

efectos del Convenio es "todo contrato concertado por un transportista o en nombre de un transportista para el transporte por mar de una pasajero o de un pasajero y su equipaje, según sea el caso" (art.1.2).

III. EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO

En este apartado se procederá al estudio de tres normas que instituyen otros tres límites para las cláusulas restrictivas de responsabilidad: el artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 y el artículo 1591 del Código civil. El nexo común entre las disposiciones mencionadas, que justificaría su tratamiento en la misma sede, es que las tres participan de la condición normas reguladoras de los contratos de arrendamiento, tal y como los define el aún vigente artículo 1542 del Código civil: *"El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras y servicios"*.

No obstante, este nexo común ha ido debilitándose de acuerdo con las nuevas circunstancias económicas y con la propia evolución de los tipos contractuales a los que hace alusión el art.1542 C.c., y, hoy por hoy, puede decirse que poco tienen que ver las especies aludidas en el artículo citado. El arrendamiento de obra, al que pertenece el artículo 1591 C.c., y los arrendamientos urbanos y rústicos, a los que se adscriben las otras dos disposiciones que serán estudiadas, aun derivando de aquel concepto unitario del Código civil, son tipos contractuales diferentes, cuya heterogeneidad ha justificado la promulgación de leyes especiales y justificará probablemente la reforma del Título VI del Libro IV del Código civil.

Pese a estas consideraciones, hemos de reconocer que entre las especies a las pertenecen las normas que se analizarán, hay algo más en común -algo más que su origen- que pudiera ser la razón de los límites que consagran para las cláusulas restrictivas de responsabilidad. En primer lugar, la específica protección jurídica que merecen los edificios y, muy especialmente, la vivienda, es un principio que será reclamado tanto por la norma de la legislación arrendaticia urbana como por el artículo 1591 en aras de comprender sus respectivos fundamentos. En segundo lugar, la condición de contratante débil del arrendatario será asimismo lazo de unión entre los contratos de arrendamientos rústicos y urbanos, convirtiendo a la LAU y LAR en leyes tuitivas y, de esta forma, reduciendo el ámbito de la autonomía privada de los contratantes.

1. LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1994: EL ARTÍCULO 6

"Son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente título, salvo los casos en que la propia norma lo autorice".

1.1. Ámbito de aplicación de la norma

El artículo 6 de la LAU se ubica en el Título II de la Ley (*"De los arrendamientos de vivienda"*) y a él se refiere única y exclusivamente. Así, la nulidad de los pactos que modifiquen lo establecido por la Ley se entenderá referido a los arrendamientos *"que recaen sobre una edificación habitable cuyo destino principal sea el de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario"*⁸⁰⁷, según detalla el artículo 2 de la LAU, siempre que no tengan la condición de arrendamientos de vivienda suntuarias del art.4.2⁸⁰⁸, los cuales se regirán sólo de forma supletoria por el Título II de la Ley, en defecto de lo pactado por las partes.

⁸⁰⁷Este concepto primario de arrendamiento de vivienda hay que integrarlo, como señala VALLADARES RASCÓN (*"Comentario al art.2.1"*, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. por R. Bercovitz, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1995, p.26) con los artículos 1 y 7 de la LAU para obtener una auténtica definición legal: el arrendamiento de vivienda "es aquel arrendamiento que tiene por objeto una finca urbana con edificación habitable cuyo destino primordial es bien satisfacer la necesidad de vivienda permanente del arrendatario, bien el de servir de lugar de habitación al cónyuge del arrendatario no separado legalmente". Además, es preciso señalar que de acuerdo con el artículo 5 de la LAU, se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley: "a) El uso de viviendas que los porteros, guardas, asalariados, empleados o funcionarios, tengana asignadas por razón del cargo que desempeñen o servicio que presten; b) El uso de las viviendas militares, cualquiera que fuese su calificación o régimen [...]; c) Los contratos en que, arrendándose una finca con casahabitación, sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio la finalidad primordial del arrendamiento [...]; d) El uso de viviendas universitarias, cuando éstas hayan sido calificadas expresamente como tales por la propia Universidad [...]"

⁸⁰⁸El artículo 4.2 de la LAU exceptúa del régimen de imperatividad "los arrendamientos de viviendas cuya superficie sea superior a 300 metros cuadrados o en los que la renta inicial en cómputo anual exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual".

En este sentido, el régimen jurídico de los arrendamientos de viviendas va a discurrir por cauces próximos a la imperatividad de una regulación que tiene como objetivo amparar al arrendatario de condiciones abusivas de alquiler. El carácter tuitivo de la Ley, con respecto a los inquilinos, se constituye en propósito de una política de vivienda orientada por el mandato constitucional consagrado en el artículo 47, de reconocimiento del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada⁸⁰⁹. Al lado de la cuasiimperatividad que se imprime a la regulación del arrendamiento de vivienda, el que no se destine a tal fin disfruta de un régimen más acorde con la autonomía de los propios contratantes (como señala la Exposición de Motivos de la Ley: "las realidades subyacentes [arrendamiento de vivienda y para uso distinto] son sustancialmente distintas y mercedoras de sistemas normativos distintos que se hagan eco con esa diferencia").

Al tiempo que nos ceñimos a los arrendamientos de vivienda, el mandato de la norma se restringe a la existencia de perjuicio para el arrendatario o subarrendatario. La posibilidad de modificación de lo previsto en la Ley se ordenaría según el criterio de causación de perjuicio a quien se considera que es parte débil en el contrato: el arrendatario⁸¹⁰. Así, serán nulas las cláusulas favorables al arrendatario o las desfavorables al arrendador. La norma citada convertiría al Título II de la LAU en una regulación de mínimos: la autonomía privada podría superar tales mínimos pero nunca actuar por debajo de ellos.

En relación con los sujetos protegidos, la aplicación de la sanción de nulidad puede plantear problemas "cuando la estipulación contenga aspectos ventajosos y perjudiciales para aquéllos"⁸¹¹. Por ejemplo, resultaría controvertida aquella cláusula por la que el arrendador se exonera de su responsabilidad -ante un eventual incumplimiento contractual- ofreciendo

⁸⁰⁹Exposición de Motivos de la Ley 29/94 de 24 de noviembre.

⁸¹⁰El subarrendatario -aquél al que se le concede total o parcialmente la cosa por parte del arrendatario de la misma (cfr. art.1543 C.c.)- aparece como parte débil del contrato ya frente al subarrendador-arrendatario ya frente al arrendador, por lo que la Ley lo asimila a la figura del arrendatario en cuanto a otorgarle protección jurídica.

⁸¹¹GUILARTE ZAPATERO, V., "Comentario al art.6", en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. por X. O'Callaghan, Madrid, Ed. EDERSA, 1995, p.91.

como contrapartida al arrendatario un rebaja sustancial en la renta de la vivienda. En este caso, en el supuesto de pactos complejos -compuestos por varias prestaciones interdependientes-, habrá que juzgar el efecto global de la cláusula y apreciar, entonces, las ventajas o desventajas que reportan al arrendatario porque sólo en el caso de que le ocasione un perjuicio, globalmente entendido, será ineficaz aquel pacto. En conclusión, las normas de la LAU no son indisponibles *a priori* sino sólo en tanto que su modificación determine una situación más gravosa para el arrendatario⁸¹².

1.2. Alcance de la norma con relación a las convenciones de irresponsabilidad

El artículo 6 confiere a las normas dedicadas al arrendamiento de vivienda una especial naturaleza jurídica. Como ya se expuso, éstas serán imperativas como regla general, y por tanto de contenido indisponible, aunque esta regla contempla dos importantes excepciones: 1ª) que la propia Ley permita el pacto en contra, y 2ª) que el pacto modificativo implique beneficios para el arrendatario o subarrendatario. Sendas excepciones, de gran amplitud, no consienten que se califique sin matizaciones al Título II como imperativo, por lo que se le ha catalogado como regulación de "carácter mixto"⁸¹³ o de "imperatividad unilateral"⁸¹⁴.

La norma se refiere a las "*estipulaciones que modifiquen...*", expresión que, sin duda, nos hace intuir el carácter anticipatorio de su supuesto de hecho: la naturaleza *ex ante* del pacto con respecto al nacimiento del derecho. Se trata, por tanto, de negar virtualidad a los actos de exclusión de la ley aplicable y no de interferir en la validez de las renunciaciones propias

⁸¹²Sin embargo, GUILARTE ZAPATERO ("Comentario al art.6", op.cit., p.91) opina que este problema debe resolverse manteniendo la parte de la cláusula que beneficie al arrendatario y eliminando lo que le sea perjudicial. A nuestro entender, esta solución puede ocasionar un desequilibrio contractual entre las contraprestaciones de las partes dada la dependencia que, en la mayoría de los casos, existirá entre ambos aspectos de la cláusula.

⁸¹³ROJO AJURIA, L., "Comentario al art.6", en AA.VV., *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. por F. Pantaleón, Madrid, Ed. Civitas, 1995, p.116.

⁸¹⁴REGLERO CAMPOS, L.F., "Comentario al art.6", en AA.VV., *Comentarios a la Ley...*, dir. por R. Bercovitz, op.cit., p.125.

-aquéllas efectuadas una vez adquirido el derecho- que serán plenamente eficaces si respetan los límites del artículo 6.2 C.c.

El artículo 6 afecta, a nuestro juicio, desde una doble perspectiva a las convenciones de irresponsabilidad en el marco de los contratos de arrendamientos urbanos. En primer lugar, va a vetar las cláusulas por las que el arrendador limite o exonere su responsabilidad respecto al arrendatario por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones contractuales, en tanto no supongan mejoras. En segundo lugar, y en un plano más concreto, supondrá la nulidad de los pactos por los que se modifique determinados derechos indemnizatorios que la LAU ha previsto expresamente en supuestos muy concretos. Son los casos

A lo largo del Título II se regula el contrato de arrendamiento de vivienda, regulación que si bien no posee carácter exhaustivo sí intenta normativizar los aspectos más conflictivos y, a la vez, relevantes de la relación arrendaticia. Entre estos, la duración del contrato, la renta, algunos derechos y obligaciones de las partes, y la resolución y extinción contractuales representan las cuestiones nucleares. En ausencia de previsión legal específica, el régimen posee, de acuerdo con el artículo 6, carácter imperativo para el arrendatario; sus prescripciones resultan obligatorias en tanto no sean mejoradas en favor del mismo.

Esta naturaleza que el artículo 6 imprime a la regulación, resulta incompatible con el juego de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad -del arrendador- porque permitir la exoneración o limitación de la responsabilidad del arrendador por el incumplimiento o cumplimiento de lo que la Ley considera imperativo, sería como negar la imperatividad de lo prescrito legalmente. La imperatividad en el cumplimiento de las obligaciones ha de completarse con la imperativa responsabilidad por su incumplimiento -obligación imperativa precisa la sanción jurídica imperativa-, y, en consecuencia, la nulidad de los pactos que restrinjan el alcance de dicha responsabilidad.

Por otro lado, en el Título II se contemplan tres derechos indemnizatorios a favor del arrendatario en otros tres supuestos específicos. El manto de imperatividad que cubre este

Título supondrá negar la eficacia de las estipulaciones que mermen estos derecho especialmente conferidos a los arrendatarios o, en otras palabras, de los pactos de restricción de la responsabilidad del arrendador en tales supuestos. (Y ello porque prejuzgamos el perjuicio que las limitaciones de responsabilidad suponen para el arrendatario; cosa distinta acontecería si se probase que en el caso concreto, ciertamente remoto, implicasen una ventaja para él). Nos referimos a las indemnizaciones establecidas en el artículo 9.3 -excepción a la prórroga forzosa-, artículo 14 -enajenación de la vivienda arrendada- y artículo 22.3 -obras de mejora-. En estos casos, de forma específica, la aplicación del artículo 6 determinaría la nulidad de los pactos de exclusión de tales indemnizaciones, que tienen su fundamento en el incumplimiento contractual del arrendador⁸¹⁵.

2. LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS DE 1980: EL ARTÍCULO 9

"Son nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas que modifiquen en perjuicio del arrendatario las normas de la presente Ley, salvo en los casos en que esta Ley expresamente lo autorice".

⁸¹⁵Con respecto a la indemnización del artículo 9.3, SERRANO ALONSO ("Comentario al art.9", en AA.VV., *Comentarios a la Ley...*, dir. por X. O'Callaghan, op.cit., p.118) señala: "el arrendador que incumple con la causa de exclusión de la prórroga está cometiendo un incumplimiento de un contrato". En lo que atañe a la indemnización del artículo 14, ALONSO PÉREZ ("Comentario al art.14", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos...*, coord. por C. Lasarte, op.cit., p.409), indica que "no debe pensarse que nos hallemos ante una sanción indemnizatoria o ante una obligación de origen legal. El supuesto es idéntico esencialmente al contemplado en el art.1571, ap.2º, *in fine* del CC, y supone sin más la transformación de la obligación que tiene el arrendador de proporcionar el uso y disfrute de la vivienda en su equivalente pecuniario, pues la enajenación de un inmueble es una manera de contravenir el "tenor de la obligación" inicialmente programada. Pura aplicación del art. 1101 del CC". Sin embargo, la indemnización del artículo 22.3 -obras de mejora- tendría naturaleza *ex lege*: no es ni contractual, ya que el arrendador no incumple ninguna obligación contractual (sino que tiene el derecho de realizar las obras de mejora y el arrendatario la obligación de tolerarlas), ni tampoco extracontractual porque su acción, aunque pueda provocar perjuicios al arrendatario, está amparada directamente por la norma lo cual excluiría la antijuridicidad de la conducta.

2.1. Ámbito de aplicación de la norma

Desde el punto de vista objetivo, el ámbito de aplicación de la norma viene definido por el concepto de "arrendamientos rústicos" que según el artículo 1 de la Ley son *"todos los contratos mediante los cuales se cede temporalmente una o varias fincas para su aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal, a cambio de un precio o renta"*.

Aunque profundizar en el concepto de arrendamiento rústico sobrepasaría los márgenes de este análisis⁸¹⁶, no es fútil resaltar el aspecto funcional o finalístico que preside este contrato. La noción de *"aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal"* que lleva por mandato legal aparejado el arrendamiento rústico resulta condición esencial y precisamente tal objetivo económico justifica la protección jurídica que se le concede al contrato y en particular al arrendatario, quien deberá, consecuentemente con ello, ser un profesional de la agricultura⁸¹⁷. Precisamente, la legislación protectora de los arrendamientos rústicos descansa, como señala la STS 28 de abril de 1952, en "la función

⁸¹⁶En una aproximación al concepto legal del arrendamiento rústico, es preciso señalar que de acuerdo con el art.6 de la LAR están excluidos de su ámbito: "1º. Los arrendamientos entre parientes en línea recta, o entre colaterales hasta segundo grado [...]. 2º Los celebrados entre los copartícipes o sus cónyuges sobre fincas total o parcialmente pertenecientes a una herencia indivisa [...]. 3º. La cesión del aprovechamiento de tierras a cambio de servicios prestados fuera de ellas. 4º. Los arrendamientos que por su índole sean sólo de temporada, inferior al año agrícola. 5º. Los arrendamientos de tierras labradas y preparadas por cuenta del propietario para la siembra a la que específicamente se refiera el contrato. 6º. Los que tengan por objeto fincas adquiridas por causa de utilidad pública o de interés social [...]. 7º. Los que tengan cualquiera de estos objetos: a) aprovechamientos de rastrojeras, pastos secundarios [...]; b) aprovechamientos encaminados a semillar o mejorar barbechos; c) la caza; d) explotaciones ganaderas de tipo industrial o locales o terrenos dedicados exclusivamente a la estabulación del ganado". Esta norma ha de completarse con el artículo 7 por la que se excluye algunos arrendamientos si concurren en ellos determinadas circunstancias.

⁸¹⁷Esta exigencia, contemplada en el artículo 14 LAR, determina que el arrendatario ha de explotar la finca "con la intención de obtener, por su aprovechamiento, frutos y productos agrícolas, pecuarios o forestales" (AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 2ª ed., Granada, Ed. Comares, 1994, p.72). Este requisito, incluido como novedad en la LAR 80, parece coherente con la finalidad económica y de explotación que se impone al arrendamiento rústico, para, como señala la Exposición de Motivos de la Ley, conseguir la máxima eficacia en el cultivo y fomentar e incrementar las explotaciones agrarias. Acerca de la condición de profesional de la agricultura, vid. GIL ROBLES, J.M., "El profesional de la agricultura y el cultivador personal en la LAR", *Cuadernos de Derecho Judicial*, mayo, 1994, p.11 y ss.

social que ha de cumplir la propiedad territorial rústica".

Desde una perspectiva subjetiva, la aplicación de la norma se matiza en función del arrendatario al igual que ocurría en la legislación arrendaticia urbana. Y es que la prohibición que consagra el art.9 sólo se aplicará en tanto el perjudicado por la modificación sea el arrendatario. En este sentido, es perfectamente reproducible el discurso del epígrafe anterior: el artículo 9 instaura un régimen de semiimperatividad en tanto que sólo se considerarán nulas las cláusulas que afecten negativamente a los intereses de los arrendatarios, enjuiciadas, las cláusulas, de modo global, tal y como señalamos para los pactos de la legislación arrendaticia urbana.

Finalmente, resta indicar que la norma está vetando, como también ocurría en la LAU, los actos de exclusión de la ley, que considera beneficiosa para el arrendatario y no prohíbe las renunciaciones a los derechos, una vez hayan sido éstos adquiridos por el titular. Precisamente, tal afirmación se fundamenta en una interpretación literal del artículo 11 LAR que prescribe: *"Sólo serán renunciables los derechos del arrendatario desde el momento en que puedan ser ejercitados. La renuncia deberá constar en documento público"*. Así, el arrendatario puede renunciar a sus derechos siempre y cuando respete el requisito formal exigido por el art.11⁸¹⁸.

2.2. Alcance de la norma en lo que respecta a la responsabilidad del arrendador

Diferenciaremos, como lo hicimos al analizar el art.6 de la LAU, dos planos para comprender el alcance que la norma supone en lo que atañe a las cláusulas de limitación de responsabilidad.

⁸¹⁸El carácter tuitivo de la LAR se manifiesta también en materia de renunciaciones de derechos. Así, mientras que el arrendador puede renunciar a sus derechos siguiendo el cauce de las normas ordinarias (art.11.2), las renunciaciones de derechos por parte del arrendatario han de cumplir con el requisito formal del documento público, exigencia que, a juicio de AGÚNDEZ FERNÁNDEZ (*Comentarios a la Ley...*, op.cit., p.63), resulta muy flexible "alcanzando todas sus variedades, desde el acto de conciliación y el de transacción judicial hasta el acta notarial, pasando por la suscrita ante la Junta Arbitral de Arrendamientos Urbanos y la Cámara Provincial Agraria; con tal de que en cualquier supuesto haya dado fe de autenticidad el funcionario público competente en la materia y el lugar".

A nivel general, la imperatividad que se impone a beneficio del arrendatario, y que determina la irrenunciabilidad anticipada de sus derechos, va a suponer la irrenunciabilidad anticipada de las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las obligaciones legales que se le imponen al arrendador -entre las cuales se halla la responsabilidad contractual en sentido estricto-. Otra solución -permitir que el arrendador se exonerara o limitara su responsabilidad procedente de lo que la Ley considera imperativo- contravendría el espíritu de la ley y, como ya explicamos, sería incoherente con la eficacia de la obligación imperativa que se ve funcionalmente complementada con la consiguiente sanción imperativa.

En un nivel más específico, el artículo 9 determina la nulidad de los pactos anticipatorios que excluyan o limiten los derechos indemnizatorios que la LAR contempla, en determinadas hipótesis a favor de los arrendatarios. Así, se tendrán por no puestos las cláusulas que reduzcan o excluyan:

- la indemnización, en cuantía no inferior a un año de renta, a la que tiene derecho el arrendatario por los daños y perjuicios causados al arrendatario cuando la causa alegada por el arrendador para oponerse a la prórroga obligatoria establecida en el art.26 de la Ley no resulte justificada (art.27).

- las indemnizaciones varias en materias de gastos y mejoras realizadas tanto por el arrendador como por el arrendatario (art.54.2, 58.1, 59.d) y 63)⁸¹⁹.

- la indemnización en los casos de pérdida total o parcial de la finca arrendada cuando

⁸¹⁹Desde el momento en que algunos autores hablan de la existencia, en la legislación arrendaticia rústica de un deber de mejorar y reparar (vid. VATTIER FUENZALIDA, C., "Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico", A.D.C., 1984, p.75), se les ha concedido especial importancia a las indemnizaciones en materia de gastos y mejoras ya que de ellas, y de su imperatividad, depende un adecuado fomento de la actividad mejorativa. Ésta es la razón de que la Ley haya relegado la autonomía privada en este sector a un plano secundario, sólo válido en tanto su actuación sirva para conceder ventajas adicionales a los arrendatarios. Quizás en un exceso de celo, la Ley, en su artículo 63 reitere el carácter imperativo de estas indemnizaciones ("*Las partes no podrán pactar en el contrato que el arrendador recupere la finca arrendada con las mejoras sin indemnización ni, en general, modificar los derechos reconocidos al arrendatario en materia de mejoras [...]*"), carácter que ya se deduciría de aplicar el analizado artículo 9.

éstas se deban a culpa o dolo del arrendador (art.82.2)

- la indemnización en favor del arrendatario en el supuesto de expropiación total o parcial de la finca, frente al expropiante (art.100)⁸²⁰.

3. EL ARTÍCULO 1591 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1591 del Código civil es uno de los más polémicos contenidos en aquel cuerpo legal, hasta el punto de que se haya planteado ya una seria propuesta de reforma⁸²¹. El precepto regula la responsabilidad del contratista y arquitecto en los supuestos de ruina de un edificio en los siguientes términos:

"El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección.

Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años".

Siendo dilucidar la naturaleza del artículo 1591 C.c. el verdadero objetivo de nuestro

⁸²⁰ Ante la expropiación de la finca arrendada, el arrendatario, además de otros derechos, tiene derecho: "e) A la indemnización de los daños y perjuicios que sufra la explotación agrícola de la que el arrendamiento sea uno de los elementos integrantes" y "f) A la indemnización que comporte el cambio de residencia, en su caso". El Tribunal Supremo consideró, antes de la LAR, nulas dos cláusulas de renuncia anticipada a la indemnización: STS 3 y 6 de octubre de 1973. Posteriormente se ha pronunciado en la STS 5 de mayo de 1989.

⁸²¹ Nos estamos refiriendo al Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 de reforma del Título VI del Libro IV del Código civil propuesto en la anterior legislatura que, en el marco de una ambiciosa modificación de los contratos de arrendamientos de obra y servicios, procedía a la reforma del artículo 1591. Nos remitimos al último apartado de este epígrafe donde será estudiado el alcance del citado Proyecto.

estudio, y, por lo tanto, acreditar su carácter de límite especial de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, consideramos imprescindible determinar primero el supuesto de hecho regulado en el precepto, la responsabilidad del contratista y arquitecto en caso de ruina del edificio, y, en concreto, delimitar su naturaleza jurídica.

El debate en torno a esta la naturaleza jurídica de la responsabilidad decenal ha situado tradicionalmente a la doctrina y a la jurisprudencia en torno a tres posiciones básicas. En primer lugar, son muchos los autores⁸²², y las resoluciones jurisprudenciales⁸²³, que han constatado el carácter contractual de la responsabilidad decenal, apoyándose, principalmente, en la posición sistemática del art.1591, en sus antecedentes históricos, en la propia terminología del artículo -habla de contratista y no de constructor-, pero, sobre todo, en la existencia de otro precepto, el 1909 C.c., que sería el encargado de regular la responsabilidad extracontractual de los constructores de los edificios frente a terceros⁸²⁴.

⁸²²Destacan, entre otros, CAFFARENA LAPORTA, J., "Responsabilidad civil por defectos de la construcción", Ponencia presentada en el *Seminario Responsabilidad civil y seguros*, UIMP, julio 1994); DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones...*, op.cit., vol.1º, p.710; LUCAS FERNÁNDEZ, "Comentario al artículo 1591", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op.cit., T.XX, vol.2º, p.277; MANRESA, *Comentario al Código civil español*, op.cit., T.X, p.916; SALOM ANTEQUERA, "La responsabilidad aquiliana de los propietarios de edificios y de los arquitectos y contratistas según el Código civil español", *Anales de la Universidad de Valencia*, 1940, p.61; SALVADOR CODERCH, P., "Comentario al artículo 1591", en AA.VV., *Comentarios del Código civil*, op.cit., T.II, p.1190.

⁸²³A pesar de que la jurisprudencia no se inclinó en un principio por la tesis contractualista, hoy por hoy son muchos los pronunciamientos jurisprudenciales que sitúan la ruina y la responsabilidad de ella derivada en el ámbito del incumplimiento contractual y de la responsabilidad obligacional: STS 19 abril 1977 (A.1658), STS 14 noviembre 1978 (A.3510), STS 30 abril 1982 (A.1969) y STS 17 julio 1990 (A.5890).

⁸²⁴Estos son los principales argumentos de la teoría que propugna la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal. A la responsabilidad derivada del artículo 1591, incluido sistemáticamente en el Cap.III, Tít.VI, Libro IV ("*Del arrendamiento de obras y servicios*") se le otorga carácter contractual frente al artículo 1909 ubicado en el Capítulo dedicado a "*Las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia*", el cual sí tendría naturaleza aquiliana. No obstante, el artículo 1909 está lejos de ser interpretado de forma unánime. ALBALADEJO ("*La responsabilidad por daños causados por ruina de los inmuebles por defecto de la construcción*", *Iniuria. R.R.C.S.*, nº6, 1995) después de insistir en su carácter desafortunado, defiende la siguiente interpretación del precepto: "cuando la ruina es ocasionada por defecto de construcción, el tercero que sufra un perjuicio como consecuencia de la ruina producida durante el tiempo legal, es decir, los diez o quince años del artículo 1591, según el caso, sólo puede reclamar contra el causante -arquitecto o constructor- del defecto, no contra el

Por otro lado, los partidarios de la tesis extracontractualista⁸²⁵ entienden que la acción de indemnización del primer párrafo del art. 1591 "se trata, con relación al contratista, de una sanción por incumplimiento de un específico deber de no dañar el patrimonio ajeno, en forma directa o indirecta, formulado con carácter general en el art. 1902 y aludido por remisión en el art. 1909; respecto al arquitecto, representa una sanción por incumplimiento de un deber de pericia profesional, consistente en la observancia de las reglas de su arte [...]"⁸²⁶.

Finalmente, una tercera postura, con gran apoyo jurisprudencial⁸²⁷, sostiene la naturaleza *ex lege* de la responsabilidad decenal. Fundamentándose en el carácter imperativo de la norma, que atiende a razones de interés público, un sector doctrinal⁸²⁸ ha afirmado la naturaleza legal de la garantía decenal, la cual se establece en favor de cualquiera que

dueño; si la ruina acontece pasado este plazo, al tercero dañado por ella, únicamente le cabe reclamar contra el dueño".

⁸²⁵Entre ellos, GARCÍA CANTERO ("La responsabilidad por ruina de los edificios *ex* artículo 1591 del Código civil", *A.D.C.*, 1963, p.1091 y ss.); RUBIO SAN ROMÁN (*La responsabilidad civil en la construcción*, Madrid, Ed. Colex, 1987, p.183); SANTOS BRIZ (*La responsabilidad civil...*, op.cit., T.II, p.730). En la línea de esta tesis, la STS 19 de febrero de 1959, comentada por DÍEZ-PICAZO en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, op.cit., T.II, p.124, en la que se establece que la responsabilidad decenal engloba también a los terceros perjudicados.

⁸²⁶GARCÍA CANTERO, G., "La responsabilidad por ruina de los edificios...", op.cit., p.1091. Paralelamente, SANTOS BRIZ (*La responsabilidad civil...*, op.cit., p.729) fundamenta la naturaleza aquiliana de la responsabilidad en la existencia del artículo 1909 C.c. -que, por otra parte, sirve también de apoyo a los que sustentan la teoría contractualista-. "La íntima conexión del artículo 1909 con el artículo 1591, incluido como aspecto de responsabilidad derivada de un contrato de arrendamiento de obra, exige que la responsabilidad derivada de ambos preceptos sea calificada de manera uniforme, y esta calificación no puede ser otra que la de culpa extracontractual".

⁸²⁷En este sentido, STS 12 de febrero de 1981 (A.390), STS 5 de marzo de 1984 (A.1200), STS 26 de noviembre de 1984, STS 29 de noviembre de 1985, 29 de noviembre de 1990, entre otras. La STS 14 de noviembre de 1984 establece expresamente la opción de la Sala de lo Civil del T.S. por la tesis legalista.

⁸²⁸Entre otros, BONET RAMÓN (*Código civil comentado*, op.cit., p.1266), NART ("Contrato de obra y empresa", *R.D.P.*, 1951, p.815), SCAEVOLA (*Código civil*, op.cit., T.XXIV, parte 2ª, p.102). Próximo a la tesis legalista, GÓMEZ DE LA ESCALERA (*La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción. (Estudio del artículo 1591 del Código civil y su problemática actual)*, 2ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1993) sostiene que la responsabilidad decenal

adquiera el edificio. Así, se concebiría la responsabilidad *ex art.1591 C.c.* como "un supuesto autónomo de resarcimiento de daños causados en el ámbito de la construcción inmobiliaria [...] y que en la medida en que tiene por objeto una prestación de indemnización de daños y perjuicios, y se establece al margen de la responsabilidad contractual o extracontractual que puede derivarse de la ruina de un edificio se configuraría como una *responsabilidad civil especial* o específica"⁸²⁹.

A nuestro juicio, se trata de una responsabilidad típicamente contractual fundamentada en el incumplimiento de una obligación asimismo contractual del contratista (y arquitecto), cual es la de "realizar el trabajo y hacerlo con la necesaria perfección", esto es, ejecutar la obra con la debida diligencia teniendo en cuenta la *lex artis*. Al margen, entonces, de las razones apuntadas por la doctrina contractualista, hay que señalar que la conducta antijurídica que origina la responsabilidad de contratista y arquitecto no es la simple vulneración del deber general de no dañar a otro, sino que aquélla se fundamenta en un verdadero incumplimiento contractual o cumplimiento defectuoso de la obligación mencionada, el cual podrá provocar, en el futuro, la aparición de defectos ruínógenos. Aunque cierto es que la responsabilidad decenal se apoya en el hecho objetivo de la ruina de la obra, tal suceso no es más que la consecuencia final de un defectuoso hacer de contratistas y arquitectos⁸³⁰, porque si no fuera así, si no hubiese negligencia de quienes han participado en la obra y se constatare la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, se descartaría la responsabilidad.

Expuesta la problemática naturaleza de la responsabilidad decenal, nos queda por analizar su estructura y alcance. En este punto, es preciso poner de relieve la existencia de

⁸²⁹GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de la construcción (Estudio del artículo 1591 del Código civil y de su problemática actual)*, 2ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1993, p.

⁸³⁰En este sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Instituciones...*, op.cit., vol.1º, p.710) indican que "si se analizan las causas por las que responde el contratista o los técnicos se verá que no son más que infracciones de su *deber contractual* de efectuar la prestación con arreglo a las normas del oficio, arte o profesión". Así, discrepamos con HERRERA CATENA (*La responsabilidad en la construcción*, Granada, 1983, vol.I, p.188) cuando señala que la ruina de la construcción constituye la misma causa de pedir, porque supone hacer abstracción de las diversas situaciones contractuales en que pudieran encontrarse los profesionales de la construcción respecto al dueño del edificio.

una abundantísima jurisprudencia que ha procedido a delimitar los presupuestos de la acción ex art.1591 C.c., actualizando su parco contenido de acuerdo con las exigencias de la sociedad y del mercado de hoy⁸³¹. De ella se extrae una obvia conclusión: ha ensanchado el tenor literal del precepto para dar cabida a supuestos en él no integrados y, como consecuencia, ha agravado la responsabilidad de los contratistas y arquitectos por este título⁸³².

La responsabilidad decenal descansa en el concepto de ruina. Así, el contratista y arquitecto responden de aquellos vicios de construcción, en un caso, y de dirección y suelo, en el segundo caso, que originen la ruina total o parcial del edificio durante un plazo de diez años⁸³³. Aunque el significado estricto del término ruina restringiría la responsabilidad a los supuestos de derrumbamiento total o parcial de la obra, la jurisprudencia citada ha flexibilizado en gran medida este concepto y lo ha extendido a "aquellos defectos de construcción que, por exceder de imperfecciones corrientes, configuran la violación de un contrato"⁸³⁴, englobando, de esta forma, las nociones de ruina potencial -graves defectos constructivos que hagan temer la pérdida del edificio- y de ruina funcional -defectos que lo

⁸³¹Como pone de relieve la STS 1 de octubre de 1991 (A.7255): "Tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido poniendo de relieve la inadecuación a la realidad y la insuficiencia de este artículo 1591 para regular el fenómeno moderno de la construcción, su evolución y desarrollo, así como el conjunto de personas y medios que en el mismo concurren".

⁸³²Un exhaustivo análisis de la jurisprudencia hasta 1992 acerca del art.1591 en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "La responsabilidad decenal del artículo 1591: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa", *Aranzadi Civil*, 1993-I, p.1903 y ss.

⁸³³El plazo decenal del artículo 1591 es considerado por la jurisprudencia como un plazo de garantía y no como de prescripción o de caducidad. Esto implica que el vicio ruinógeno ha de exteriorizarse forzosamente dentro de los diez años contados a partir de la terminación de la obra para que nazca la acción de responsabilidad; pero una vez exteriorizado el vicio en ese tiempo el plazo de prescripción de la acción es el general de quince años de las acciones personales del artículo 1964 C.c. Cfr. STS 15 de octubre de 1991 (A.7449); STS 23 de marzo de 1993 (A.3304); STS 29 de septiembre de 1993 (A.6659); STS 10 de noviembre de 1994 (A.8483); STS 7 de febrero de 1995 (A.3130); STS 27 de marzo de 1995 (A.2143).

⁸³⁴STS 2 de diciembre de 1994 (Act.Civ.215/1995). Asimismo, STS 20 de diciembre de 1985 (Act.Civ.263/1986); STS 7 de febrero de 1995 (Act.Civ.412); STS 16 de marzo de 1995 (Act.Civ.619).

hagan inútil para la finalidad que le es propia⁻⁸³⁵.

Los responsables, a tenor del artículo 1591, son el contratista y el arquitecto que hayan tomado parte en la obra. Sólo ellos son los legitimados pasivamente de la acción de responsabilidad de acuerdo con la norma. Pero las nuevas condiciones del mercado inmobiliario y la aparición de figuras intermediarias entre el adquirente y el contratista han derivado en una ampliación de los sujetos eventualmente responsables. La jurisprudencia no ha dudado en extender la legitimación pasiva a los promotores⁸³⁶, aparejadores y otros técnicos intervinientes en el proyecto de la obra⁸³⁷ e incluso, en ocasiones, a las

⁸³⁵STS 6 de marzo de 1990; STS 21 de diciembre de 1990; STS 23 de enero de 1991; STS 30 de septiembre de 1991; STS 16 de diciembre de 1991 (Act.Cvi.449/1992); STS 7 de febrero de 1995 (Act.Civ.412), STS 22 de mayo de 1995 (Act.821).

⁸³⁶La STS 1 de octubre de 1991 (A.7255) justifica dicha ampliación a los promotores de viviendas, aquella figura que "reúne generalmente en una misma persona, el carácter de: propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal, beneficiario económico de todo el complejo negocio jurídico constructivo, etc., etc.". La sentencia señala que "la jurisprudencia de esta Sala fue desde un principio unánime y pacífica, equiparando la figura del promotor a la del contratista, a efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal establecida en el art.1591 C.c., y las razones que motivaron este criterio fueron las siguientes: A) Que la obra se realiza en su beneficio; B) Que se encamina al tráfico de la venta a terceros; C) Que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; D) Que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; y E) Que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción". En los mismos términos, STS 31 de marzo de 1992 (A.2311); STS 8 de junio de 1992 (A.5168); STS 28 enero de 1994 (A.575); STS 11 de junio de 1994 (A.5227).

⁸³⁷En este sentido, vid. STS 9 de marzo de 1988 (Act.Civ.583); STS 19 de junio de 1990 (A.4793); STS 11 de julio de 1992 (A.6287); STS 20 de diciembre de 1993 (Act.Civ.491/1994); STS 28 de enero de 1994 (A.575). No obstante, la responsabilidad de los demás técnicos intervinientes en la obra a título distinto que el de arquitecto no es la misma que la de éstos, tal y como ha señalado la STS de 15 de mayo de 1995 (Act.Civ.796): "la Jurisprudencia de esta Sala ha ido delimitando la responsabilidad de los Aparejadores para concretarla y diferenciarla de la de los Arquitectos Superiores, atribuyendo a los Aparejadores, de modo fundamental, aunque no exclusivo, la inspección de los materiales empleados, proporciones y mezclas con la debida asiduidad y actuación directa, así como la correcta ejecución de las actividades constructivas, al proyectar su deber de responder, en relación a los resultados dañosos que se ocasionen sobre errores, defectos o vicios de las edificaciones en las que intervienen".

Cooperativas de viviendas⁸³⁸.

A pesar de que el artículo 1591 distribuye la responsabilidad de los sujetos responsables, imputando al contratista los vicios de construcción y al arquitecto los derivados de la dirección o del suelo, resulta, en la práctica, bastante complicado proceder a la delimitación estricta del origen de la ruina, en la cual, generalmente, confluyen diversos factores. Este problema de individualización de la causa de la ruina, junto con otros dimanantes de la propia estructura del contrato de arrendamiento de obra⁸³⁹, ha llevado a la jurisprudencia a apostar por el principio de solidaridad: "en los supuestos de concurrencia de varias concausas, unas atribuibles a la dirección técnica y otras a la ejecución de la obra, no siendo posible la individualización o cuantificación de las respectivas surge entre los intervinientes la figura de la solidaridad"⁸⁴⁰.

Por otra parte, el artículo 1591 no exige de forma explícita la culpabilidad de estos agentes en orden a la imputabilidad, pero no por ello podemos pensar que nos hallemos ante un supuesto de responsabilidad objetiva. Como señala GARCÍA CANTERO, "se requiere la culpabilidad del contratista y arquitecto", ya que "se responde por una actuación culposa o negligente desarrollada a propósito de la edificación de un inmueble, pero cuyos resultados

⁸³⁸Sobre este extremo, más confuso dada diferente configuración de las Cooperativas de Viviendas, vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., "La responsabilidad decenal del art.1591...", op.cit., pp.1907-1909 y las SSTs 14 de mayo y 8 de julio de 1993 (A.3550 y A.6327).

⁸³⁹Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ("La responsabilidad decenal del artículo 1591...", op.cit., p.1910) "para el dueño de la obra, adquirente o subadquirente, que normalmente es profano en la materia y puede desconocer quiénes han intervenido y en qué medida en la construcción, probar el origen concreto del vicio ruinógeno como a cuál de los intervinientes resulta imputable puede resultar un obstáculo difícilmente superable".

⁸⁴⁰STS 17 de octubre de 1995 (A.7541). También vid. STS 21 de abril de 1993 (A.3111); STS 13 de octubre de 1994 (A.7547); STS 10 de noviembre de 1995 (A.8254). Mas la solidaridad sólo podrá existir cuando "no pueda individualizarse la correspondiente [responsabilidad] de cada uno de los agentes de los defectos constructivos, por lo que cuando no se da tal presupuesto de hecho, por haberse precisado la atribuible a cada uno de ellos, la prestación o exigencia de responsabilidad solidaria no es procedente" (STS 7 de julio de 1990 -A.5783-). Sobre este extremo, vid. CADARSO PALAU, J., "En torno a la condena in solidum de los responsables ex artículo 1591 del Código civil", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, op.cit., T.IV, p.4853 y ss.

no se manifiestan de momento, sino en un tiempo posterior que la ley fija en un máximo de diez años"⁸⁴¹. No obstante, y desde el momento en que la deuda es de resultado, se presume la culpa de quienes han intervenido en la obra⁸⁴², si después de la recepción de la misma aparecen vicios o defectos ruinógenos en el edificio, presunción que con el carácter de *iuris tantum*, admite la prueba de caso fortuito o fuerza mayor, como causa de exoneración⁸⁴³.

Si bien el artículo 1591 determina claramente los legitimados pasivamente, no precisa quiénes tienen la legitimación activa para reclamar la responsabilidad decenal. En principio, el primer comprador que fue parte a su vez en el contrato de obra, del edificio o de parte de él, esta legitimado para ejercer la acción contra los contratistas y arquitecto, en virtud del incumplimiento de aquel contrato. El problema se plantea con respecto a la legitimación de los sucesivos adquirentes de la obra, sobre todo desde el momento en que se ha sostenido la naturaleza contractual de la responsabilidad del artículo 1591 -que sólo operaría, en rigor, entre las partes contratantes-. Sin embargo, la configuración de la responsabilidad como obligacional no ha sido obstáculo para la jurisprudencia en orden a considerar legitimados a los sucesivos compradores en base al principio de subrogación en esa acción contractual, que se transmite con la cosa vendida. La STS 27 de marzo de 1995 así lo entiende al señalar que: "la regla de la eficacia relativa de los contratos no impide que los compradores tengan acción contra los directos responsables del daño como consecuencia de la transmisión con la

⁸⁴¹GARCÍA CANTERO, G., "La responsabilidad por ruina...", op.cit., p.1104. Sobre la exigencia de culpa también, vid. TORRALBA SORIANO, V., "Los vicios del suelo: reflexiones sobre el art.1591 C.c.", en *Estudios de Derecho civil en honor al Profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1969, T.II, p.605.

⁸⁴²MANRESA (*Comentario al Código civil*, op.cit., T.X, p.921) no coincide en esta apreciación: "el artículo 1591 no establece una presunción de culpa contra el contratista ni contra el arquitecto por el mero hecho de que el edificio se arruine dentro del plazo durante el cual son éstos responsables, pues siempre tendrá que demostrar el dueño que la ruina ha tenido lugar por vicio del suelo o de la dirección, si quiere dirigir su reclamación contra el arquitecto, o por vicios de la construcción o incumplimiento de las condiciones del contrato si va a entablar sus acciones contra el contratista".

⁸⁴³Ya GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, op.cit., T.III-IV, p.484) advertía de este extremo a tenor del artículo 1532 del Proyecto de 1851: "la presunción -de culpa- obrará durante los diez años contra el arquitecto salvo su derecho para probar lo contrario".

cosa vendida de los derechos que por razón de la dicha cosa tuviera el vendedor contra otros"⁸⁴⁴.

3.1. La exclusión o limitación convencional de la responsabilidad decenal

El análisis precedente ha querido, sobre todo, poner de manifiesto la evolución que ha sufrido la responsabilidad decenal en los últimos años. La jurisprudencia ha demostrado, mediante la flexibilización de ciertos requisitos y en un constante *favor consumatoris*, que existen razones para recomendar un endurecimiento de la responsabilidad que recae sobre contratistas y arquitectos en las hipótesis de ruina de la obra y, al tiempo, una mejora del acceso de los adquirentes de los edificios en mal estado al correspondiente resarcimiento. Las sentencias que han incidido en la cuestión han tomado conciencia, tal y como refleja su tendencia evidentemente inflacionista, de la injusticia que implica que un edificio se arruine, es decir, se convierta en algo inútil para sus moradores, cuando sólo han transcurrido diez años desde su construcción.

La razón última de este proceso reposa en el propio fundamento de orden público o de interés social del artículo 1591: el interés de la comunidad en que los edificios se conserven en buen estado -la seguridad de los edificios- y, asimismo, en que los que han participado en la construcción sean sancionados en los casos de ruina, ciertamente prematura, del edificio. Es así que "la responsabilidad expresada tiene su fundamento en el interés público, ya que a la comunidad le interesa que las edificaciones tengan una duración prolongada y estén construidas con arreglo a las reglas de la técnica, cuyo conocimiento se presume en el contratista y en el arquitecto"⁸⁴⁵. Incluso este principio de interés social -la seguridad de los edificios- encuentra, a partir de 1978, raíz constitucional en los supuestos de edificios destinados a viviendas, en el artículo 47 de la Constitución española, que

⁸⁴⁴STS 27 de marzo de 1995 (A.2143). En el mismo sentido, STS 6 de marzo de 1990 (A.1673); STS 8 de junio de 1992 (A.5168); STS 27 de abril de 1995 (A.3259).

⁸⁴⁵GARCÍA CANTERO, G., "La responsabilidad por ruina de los edificios...", op.cit., p.1091. Asimismo, CAFFARENA LAPORTA ("Responsabilidad civil por defectos...", op.cit.) sostiene la existencia de un interés general como fundamentador de la responsabilidad del 1591.

proclama el derecho a una vivienda digna⁸⁴⁶.

Se podría sostener, además, que al lado de los mentados intereses de orden público confluye otro, puesto de manifiesto expresamente en alguna resolución jurisprudencial, pero subyacente en la totalidad de las argumentaciones de nuestro Tribunal Supremo. Nos referimos a la protección y tutela efectiva del contratante débil (al orden público de protección), en este caso, singularizado en los propietarios adquirentes de viviendas⁸⁴⁷.

El fundamento de orden público de la norma debe conducir, a nuestro juicio, conduce a la necesaria imperatividad de la regla del artículo 1591 y, por consiguiente, a su inderogabilidad por la voluntad de las partes. En otras palabras, el fundamento de orden público de la llamada responsabilidad decenal desemboca, de esta manera, en la nulidad de las convenciones que tengan por objeto limitar o exonerar dicha responsabilidad, ya que, en otro caso, estaríamos ante la vulneración del artículo 6.2 del Código civil; por contradicción con el interés público (seguridad de los edificios) o con el orden público de protección (defensa del contratante débil).

Esta opción es seguida por parte de la doctrina, consciente de la naturaleza imperativa de la norma⁸⁴⁸; aun así existen autores que matienen posiciones menos rotundas acerca del fenómeno de la limitación convencional de la responsabilidad decenal, sosteniendo la validez de pactos limitativos o exoneratorios de la responsabilidad decenal siempre que respeten los

⁸⁴⁶En este sentido se expresaba la STS 30 de septiembre de 1991 (A.6075).

⁸⁴⁷En este sentido, la STS 8 de junio de 1992 (A.5168) indica que: "toda la evolución jurisprudencial propende a fortalecer la tutela judicial efectiva de la parte débil, los propietarios adquirentes de viviendas".

⁸⁴⁸En este sentido GARCÍA CANTERO ("La responsabilidad por ruina de los edificios...", op.cit., p.1110) establece que "para nuestro Derecho, y dado el interés público que está en la base del párrafo 1º del artículo 1591 [...] sería nula la renuncia anticipada a exigir esta responsabilidad". SCAEVOLA (*Código civil*, op.cit., p.102) declara, en la misma línea, que "el pacto por el cual el dueño renuncia al plazo de garantía es inmoral, contrario al público interés, y, por consiguiente, nulo".

límites de validez generales (arts.1255 y 1102 C.c.) y que su eficacia sea *inter partes*⁸⁴⁹.

A nuestro entender, el juicio sobre la nulidad de las convenciones restrictivas de la responsabilidad decenal ha de ser claro y tajante⁸⁵⁰, y recaerá sobre cualquier modalidad de cláusula que establezca condiciones diferentes de responsabilidad de las declaradas por el artículo 1591 C.c., ya sea por lo que se refiere a la imputabilidad de los mencionados como sujetos responsables, ya sea en relación a otros extremos distintos, como por ejemplo la fijación de plazos inferiores a los diez años que expresamente contempla la norma, los cuales pueden perjudicar gravemente la reclamación de la víctima⁸⁵¹. Convenimos, de esta forma, con la jurisprudencia mayoritaria⁸⁵² que se manifiesta contraria a la renuncia anticipada de

⁸⁴⁹CAFFARENA LAPORTA ("Responsabilidad civil por defectos...", op.cit.) resuelve que serían plenamente válidos los pactos modificativos de la responsabilidad decenal si habiendo justa causa respetan los límites generales (art. 1102 C.c. y art. 10 de la LCU, en su caso), y con la condición de que únicamente operen *inter partes*.

⁸⁵⁰Este juicio de nulidad recaerá sobre las cláusulas que pertenezcan al supuesto de hecho del artículo 1591: ruina del edificio, ya sea total, parcial o funcional. Por ello, podemos compartir la apreciación de SALVADOR CODERCH ("Comentario al artículo 1591", op.cit., p.1190), cuando señala que "excluir o limitar la responsabilidad por ruina en la construcción es posible en tanto en cuanto su objeto no sea un edificio propiamente dicho [...] pues, en otro caso, la cláusula es incompatible con la prestación", concluyendo que estas cláusulas "tienen un ámbito en el que son plenamente válidas (apuntalamiento de urgencia, reparación claramente provisional...), pero entonces no se refieren a la construcción de un edificio, que es el supuesto de hecho objeto de estudio".

⁸⁵¹Así, la S.A.P. de Teruel de 21 de octubre 1994 anuló una cláusula que limitaba a cinco días las reclamaciones derivadas de la infracción de las condiciones pactadas en la adquisición del inmueble. En cambio la STS 3 de junio de 1989: no considera nula la reducción de 10 años a 5 años: vid.

⁸⁵²Cfr. STS 13 de junio 1984 (A.3236), 25 de abril 1984; 12 de febrero de 1988; 2 de octubre de 1992. No obstante, existen pronunciamientos en sentido inverso: vid. STS. 12 de febrero 1988. Asimismo la STS 25 abril 1984 consideró válida una cláusula de exoneración de la responsabilidad decenal que beneficiaba al contratista de la obra. La sentencia, comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ en A.D.C., 1985-I, pág.231 y ss., somete así al régimen legal general las cláusulas de exoneración de la responsabilidad y las considera eficaces siempre que no medie dolo (art.1102). CABANILLAS SÁNCHEZ, no obstante, critica duramente el planteamiento del Alto Tribunal no sólo por no excluir también la posibilidad de limitar convencionalmente la responsabilidad derivada de culpa grave, precisamente el contratista se ve exonerado de las consecuencias de un incumplimiento culposamente grave, sino, y ya centrándonos en la cuestión concreta de la responsabilidad decenal, por el hecho de sancionar la eficacia de estipulaciones limitadoras de la responsabilidad por ruina de los edificios establecida en el art.1591 C.c. la cual "se fundamenta en razones de orden público (la seguridad de los edificios), como se puso de relieve en los trabajos preparatorios del Código de

la acción de indemnización del artículo 1591.

No obstante, es preciso subrayar que las convenciones de irresponsabilidad deben reputarse nulas frente a los legitimados activamente en la acción decenal, frente al contratante que ha visto arruinado su edificio por el defectuoso hacer de contratistas y arquitectos. Cuestión distinta es la eventual concurrencia de pactos modificadores de la responsabilidad entre los propios responsables -entre contratista y arquitecto en aras a limitar o cuantificar la responsabilidad de uno u otro-, los cuales, a nuestro juicio, sí podrían tener eficacia jurídica siempre que no afecte a los sujetos damnificados⁸⁵³. Como ha señalado la STS 27 de junio de 1994, "la responsabilidad *ex* artículo 1591 no puede ser alterada frente a los perjudicados por pactos entre quienes tienen la obligación de responder"⁸⁵⁴.

Concluimos, entonces, que el artículo 1591 representa un límite legal para cualquier suerte de cláusulas que tengan por objeto limitar o exonerar la responsabilidad por ruina de un edificio frente a los sujetos perjudicados por la misma.

3.2. Breve referencia a los artículos 1594 y 1600 del Proyecto de 1994 de reforma de los contratos de servicio y de obra

A pesar de que haya decaído, como consecuencia de la entrada en vigor de una nueva legislatura, el Proyecto de ley de modificación del Título VI del Libro IV del Código civil, de 12 de abril de 1994⁸⁵⁵ merece un breve comentario en esta sede. El Proyecto, que hubiera afectado a los contratos de arrendamiento de obra y servicios, aunque acogió de

Napoleón".

⁸⁵³En este sentido, GÓMEZ DE LA ESCALERA (*La responsabilidad civil de los promotores...*, op.cit., p.286) considera que, pese a la nulidad, en términos generales, de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, "esos pactos pueden llegar a ser válidos en las relaciones existentes entre los distintos responsables, cuando se funden en una causa justa y razonable".

⁸⁵⁴A.6505.

⁸⁵⁵*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 12 de abril de 1994, nº58-1.

forma notable la evolución de la jurisprudencia en la materia, sobre todo en lo que respecta a la responsabilidad decenal, no fue preciso a la hora de tratar la problemática de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en este ámbito.

En este punto, hay que hacer alusión al que sería el nuevo artículo 1594 del Código civil -según el artículo único del Proyecto- que después de regular pormenorizadamente la responsabilidad del contratista por vicios o defectos de la obra, indica en el último párrafo que:

"Se tendrán por no puestas las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad del contratista por vicios o defectos de la obra"

El supuesto de hecho del proyectado artículo 1594 no equivale al del 1591. El primero regula la responsabilidad del contratista tras la recepción de la obra por los vicios o defectos que en ella se detecten y no se restringe a la hipótesis concreta de la ruina del edificio. Por ello su último párrafo ha sido duramente criticado por CADARSO PALAU al entender que su prohibición resulta "desmesurada e insólita", ya que "no se compadece con la doctrina general en la materia ni con la naturaleza privada de los intereses que, con la salvedad de lo concerniente a la solidez y estabilidad de las obras inmobiliarias, son los que están en juego en el contrato de obra, y en la ejecución y cumplimiento del mismo"⁸⁵⁶.

Si bien compartimos la crítica expuesta, nuestra mayor perplejidad se concentra en otro dato. El Proyecto no ha previsto la misma prohibición en el caso de la responsabilidad del contratista y arquitectos por ruina de la obra. El artículo 1600 del Proyecto, equivalente al 1591 C.c., no contiene ninguna previsión al respecto aunque ha despejado ciertos problemas interpretativos acerca de otros aspectos de la responsabilidad decenal que pudieran surgir a la luz de la normativa actual, para lo cual ha seguido la estela de la jurisprudencia y doctrina mayoritaria. Desde esta perspectiva, resulta casi inconcebible que no haya

⁸⁵⁶CADARSO PALAU, J., "La responsabilidad por vicios y defectos de la obra", en AA.VV., *Contratos de servicio y obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código Civil en materia de contratos de servicio y obra*, Universidad de Jaén, 1996, p.113.

positivizado expresamente el sentir doctrinal y jurisprudencial que apuntaba, casi unánimemente, a la irrenunciabilidad de la responsabilidad por ruina del edificio.

Sin embargo, mediante una interpretación lógica de la norma -del artículo único del Proyecto- permite concluir en la invalidez de las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad por ruina de la obra. En efecto, si consideramos que la ruina de la obra es un defecto o vicio de la misma cualificado por su especial gravedad y si, por otra parte, se ha prohibido, como vimos, la concurrencia de pactos modificativos de la responsabilidad por vicios de mucha menor entidad, el argumento a fortiori nos conduce fácilmente a prescribir la nulidad de los pactos restrictivos de la responsabilidad por ruina. Si se prohíbe lo menos grave -art.1594- ha de prohibirse lo más grave⁸⁵⁷.

⁸⁵⁷Esta conclusión se ve reforzada desde que se comprueba que una de las enmiendas propuestas al Proyecto para remediar esta omisión fue firmada por el Grupo Socialista, que pretendía una nueva redacción al artículo 1600, añadiendo un nuevo párrafo a la norma que decía: "*Se tendrán por no puestas las cláusulas que excluyan, limiten o trasladen la responsabilidad de alguno o algunos de los agentes que intervinieron en la obra*". Bajo la justificación de que "El carácter de orden público de la responsabilidad decenal la convierte en una norma imperativa, que sustrae a la autonomía privada toda posibilidad de regular esta materia de modo distinto al previsto legalmente", el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) proponía también la adición de un nuevo párrafo al artículo 1600, en estos términos: "*Toda cláusula que tenga por objeto excluir o limitar las responsabilidades previstas en el presente artículo será nula de pleno derecho*". (Enmiendas núm.42 y 59, respectivamente, al Proyecto por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 21 de octubre de 1994, n°58-12).

IV. OTROS LÍMITES

1. LA LEY DE AUDITORÍA DE CUENTAS DE 1988: EL ARTÍCULO 12

El artículo 12 de la Ley 19/88, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas prescribe: *"Sin perjuicio de la responsabilidad civil ilimitada, para responder de los daños y perjuicios que pudieran causar en el ejercicio de su actividad, los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría de cuentas estarán obligados a prestar fianza en forma de depósito en efectivo, títulos de deuda pública, aval de entidad financiera o seguro de responsabilidad civil por la cuantía y en la forma que establezca el Ministerio de Economía y Hacienda. La cuantía, en todo caso, será proporcional a su volumen de negocio. Reglamentariamente se fijará la fianza para el primer año de ejercicio de la actividad"*.

La norma transcrita, entendida en relación con el artículo 11 de la citada Ley, regulador de la responsabilidad del auditor, ha llevado a gran parte de la doctrina mercantilista a sostener la nulidad de las cláusulas limitativas o exoneratorias de la responsabilidad insertas en los contratos de auditoría, y por tanto, desde esta perspectiva, a considerar el citado precepto como un límite legal especial de las cláusulas objeto de estudio.

La expresión *"Sin perjuicio de la responsabilidad ilimitada"* es el argumento principal para deducir la imposibilidad de excluir total o parcialmente la responsabilidad del auditor de cuentas. A nuestro juicio, esta interpretación reposa en un error conceptual, puesto de manifiesto por PANTALEÓN en un estudio reciente⁸⁵⁸. Pero antes de analizar los argumentos de unos y otros, pasemos a examinar, siquiera brevemente, la responsabilidad del auditor de cuentas en nuestro Derecho.

⁸⁵⁸PANTALEÓN, F., *La responsabilidad civil de los auditores; extensión, limitación, prescripción*, Madrid, Ed. Civitas, 1996.

1.1. La responsabilidad de los auditores de cuentas

La obligación de los empresarios de llevar una contabilidad demandó la creación de ciertos profesionales que verificaran y revisaran las cuentas anuales presentadas por aquéllos. Nace, así, la figura del auditor de cuentas, "profesionales calificados de independientes que utilizan determinadas técnicas de revisión contable, con el objeto de emitir un informe acerca de la fiabilidad de los documentos auditados"⁸⁵⁹.

La labor de auditor de cuentas fue minuciosamente regulada por la Ley 19/88 de 12 de julio, completada posteriormente por un Reglamento de 20 de diciembre de 1990. Entre otros, uno de los aspectos en los que la nueva regulación se ha detenido es precisamente el de la responsabilidad civil del auditor, ordenado en el artículo 11: *"1. Los auditores de cuentas responderán directa y solidariamente frente a las empresas o entidades auditadas y frente a terceros, por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones. 2. Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría, responderán tanto el auditor como la sociedad en la forma establecida en el apartado 1. Los restantes socios auditores que no hayan firmado el informe de auditoría de cuentas, responderán de los expresados daños y perjuicios de forma subsidiaria y con carácter solidario"*.

En contra de lo que pudiera parecer, la LAC no somete al auditor de cuentas a una responsabilidad especialmente rigurosa, sino que le impone la clásica responsabilidad contractual por los daños y perjuicios producidos en el incumplimiento de sus obligaciones frente a la empresa o sociedad auditada, con la cual se vinculan mediante el denominado "contrato de auditoría" de polémica naturaleza jurídica⁸⁶⁰. Frente a los terceros, sin

⁸⁵⁹SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, op.cit., T.I, p.118.

⁸⁶⁰Se discute si el contrato de auditoría pertenece a los arrendamientos de servicios o a los de arrendamiento de obra. La verdadera discusión se centra en la naturaleza de las obligaciones del auditor, o mejor, en la naturaleza de la obligación principal del auditor, cual es la emisión del informe. Si esta obligación es de medios, como sostiene gran parte de la doctrina, estaríamos ante un contrato de arrendamiento de servicios, opción, de otro lado, acogida en el Derecho extranjero. En este sentido, PETIT LAVALL (*Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, Madrid, Ed.

embargo, la responsabilidad, ante la ausencia de relación obligaciona, sería extracontractual.

De esta forma, y como en cualquier responsabilidad contractual, el incumplimiento de las obligaciones del auditor, que tiene su referencia fundamental en el incumplimiento de la principal obligación principal del auditor cual es la emisión del informe de auditoría, al que se refiere el art.1.1 de la LAC⁸⁶¹, y la producción de un daño o perjuicio, que podrá ser patrimonial o moral⁸⁶², constituyen los ejes de la exigencia indemnizatoria.

Instituto de contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1994, p.427) ha optado por la calificación de medios, ya que "el hecho de que las cuentas anuales no muestren la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad auditada no es suficiente para comprometer su responsabilidad". (También vid., AMESTI MENDIZÁBAL, C., "La actuación de los auditores en la sociedad anónima: la responsabilidad de los auditores de la sociedad anónima", *Cuadernos de la Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº3, 1995, p.100). Si, por el contrario, se cataloga dicha como obligación como de resultado, "en tanto que lo que se encarga a dichos profesionales es un informe" (ARANA GONDRA, F.J., *Ley de Auditoría de Cuentas*, en *Comentarios a la legislación mercantil*, dir. por F.Sánchez Calero, Madrid, EDESA, 1995, p.394), la consecuencia sería la calificación del contrato como de arrendamiento de obra, calificación secundada además por PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil de los auditores...*, op.cit., p.41.

⁸⁶¹El artículo 1.1 LAC hace mención expresa a la principal obligación del auditor de cuentas, al definir la propia actividad auditora: "*Se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquélla tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros*". Para ser más precisos, y en palabras de AMESTI MENDIZÁBAL ("La actuación de los auditores de cuentas en la sociedad anónima...", op.cit., p.96), diremos que las obligaciones del auditor son las siguientes: "a) realizar la auditoría anual, así como las verificaciones, valoraciones y certificaciones que la LSA le encomienda como auditor de la sociedad, y, para ello, recabar cuanta información fuera necesaria, examinar, verificar y dictaminar sobre la documentación e información citada según su criterio y de forma independiente, emitir el informe correspondiente y realizar la auditoría conforme a las normas establecidas en la LA y a las normas técnicas de auditoría, así como cumplir con la obligación especial de la Ley 13/1992 de recursos propios cuando la sociedad auditada tenga como actividad una de aquellas a las que se refiere la citada Ley; b) guardar secreto respecto a la información obtenida como consecuencia del ejercicio de la actividad auditora, no pudiendo hacer uso de la misma para actividades distintas, entre las que se encuentran su propio provecho; c) conservar y custodiar la documentación referente a la sociedad auditada durante un plazo de cinco años y d) mostrar la debida negligencia profesional en el cumplimiento de las obligaciones arriba relacionadas".

⁸⁶²Como señala PETIT LAVALL (*Régimen jurídico de la auditoría de cuentas...*, op.cit., p.430), "el daño producido por los auditores de cuentas puede ser de ambos tipos, tanto material como moral. En efecto, la redacción de un informe inexacto o falso puede producir a la sociedad no solamente perjuicios económicos sino también morales: pérdida de su estima o valor reconocido".

Pudiera plantear alguna duda el carácter subjetivo u objetivo de la responsabilidad del auditor ante la omisión en la norma de los criterios de imputación. En otras palabras, se debate si ha de concurrir culpa o dolo en el incumplimiento de las obligaciones o si basta la confirmación de dicho incumplimiento para proceder a la atribución de la responsabilidad⁸⁶³. Sin embargo, a nuestro juicio, la verdadera discusión no se ha de reconducir a esos términos (exigencia o no de culpa en el auditor) sino que se debe trasladar a la propia naturaleza de las obligaciones del auditor (obligación de medios o de resultado) y a la cuestión de quién ha de probar la culpa en el incumplimiento. Es decir, no creemos que la responsabilidad del auditor discurra por parámetros objetivos en el sentido de imputar a aquél en caso fortuito -agravación que, en todo caso, necesitaría de mención expresa-, por lo que el auditor será responsable, como cualquier deudor, del incumplimiento de sus obligaciones en tanto no concurra alguna causa de exoneración (caso fortuito, fuerza mayor)⁸⁶⁴.

El único punto donde la responsabilidad del artículo 11 LAC parece desmarcarse del régimen general viene concretado en la solidaridad que reviste la responsabilidad de los auditores en el supuesto en que concurren varios intervinientes en la auditoría⁸⁶⁵. La

⁸⁶³Para AMESTI MENDIZÁBAL ("La actuación de los auditores...", op.cit., p.100), "la responsabilidad del auditor ha de derivar de un acto doloso o culposo, o dicho en otros términos, en el acto generador del incumplimiento del auditor ha de concurrir la culpa del agente". (La misma opinión en PETIT LAVALL, M.V., *Régimen jurídico de la auditoría...*, op.cit., p.426, quien encamina la exigencia de culpa a la "debida diligencia profesional"). En sentido contrario, MARINA GARCÍA-TUÑÓN (*Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 1992, p.320) señala que: "la especial y profesionalizada configuración de sus deberes legales [de los auditores] permite mantener un criterio hermenéutico más cercano al sistema denominado de responsabilidad objetiva, o aquélla que considera, en la perspectiva de nuestro análisis, el hecho del mero incumplimiento como generador de una posible imputación".

⁸⁶⁴Si las obligaciones del auditor son de resultado la prueba de la causa exoneradora de la responsabilidad recaerá ya en el propio auditor. Si fueran de medios, la sociedad auditada ha de probar no sólo el incumplimiento de la obligación sino la existencia de culpa o dolo en el auditor, o lo que es lo mismo, la inexistencia de alguna causa de exoneración de su responsabilidad.

⁸⁶⁵La *Norma Técnica de auditorías sobre relación de auditores* [Res.16 de diciembre de 1992 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas] detalla las hipótesis de colaboración entre los auditores: "1) Que otros auditores habilitados por la legislación española hayan emitido informes de auditoría sobre las cuentas anuales de empresas o entidades participadas por aquéllas cuyas cuentas anuales son objeto de examen. 2) Que se produzca un relevo de auditores y que por tanto el examen

solidaridad se predica no sólo entre los auditores independientes que hayan participado conjuntamente en la auditoría, sino también entre el auditor perteneciente a una sociedad y esta última, en los casos de auditorías realizadas por personas jurídicas (art.11.2 LAC)⁸⁶⁶.

Así las cosas, no se nos antojan diferencias importantes entre la responsabilidad contractual de los artículos 1101 y siguientes del Código civil y la regulada en el artículo 11 de la LAC -a salvo la específica solidaridad entre los deudores (auditores)-, la cual no puede ser considerada, a nuestro entender, como especial y debe remitirse en lo no regulado a las normas mencionadas del Código civil.

1.2. Argumentos *pro* nulidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad de los auditores de cuentas

El artículo 12 de la LAC ha servido de fundamento a quienes han negado la validez de cualquier tipo de limitación convencional de responsabilidad de los auditores de cuentas, ya en la expresión "*responsabilidad ilimitada*" ya en su *ratio legis*.

En este sentido, se ha señalado que cláusulas que limiten la responsabilidad del auditor "no serían compatibles con el mandato imperativo de responsabilidad ilimitada de los auditores que se contiene en el art.12 LAC"⁸⁶⁷ o "irían en contra de la *ratio legis* del art.12

de las cuentas de auditores haya sido efectuado por otros auditores independientes. 3) Que el trabajo lo realicen conjuntamente más de un auditor independiente, emitiendo un informe conjunto firmado por todos ellos. 4) Que requiera la colaboración de otro auditor para que le preste su ayuda temporal en orden a obtener un mejor aprovechamiento de recursos técnicos, humanos o económicos o combinaciones de ellos mismos para efectuar una revisión de áreas o partes concretas de las cuentas anuales". Cfr. ARANA GONDRA, F.J., *Ley de Auditoría de Cuentas*, op.cit., p.408.

⁸⁶⁶En este caso, se ha previsto también que los restantes socios de esa sociedad auditora que no hayan firmado el informe respondan subsidiariamente y de forma solidaria (art.11.2 *in fine* LAC) de los daños y perjuicios producidos por el socio firmante.

⁸⁶⁷ILLESCAS ORTIZ, R., "Comentario al art.211 LSA", en *Comentario al régimen general de las sociedades mercantiles*, dir. por R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia, Madrid, Ed. Civitas, 1993, T.VIII-2º, p.164.

LAC⁸⁶⁸, entendiendo, en la misma línea, que "la regulación jurídica de la responsabilidad civil de los auditores y de las sociedades de auditoría tienen carácter imperativo"⁸⁶⁹. En definitiva, "debe estimarse que la responsabilidad de los auditores y de las sociedades de auditoría de cuentas no podrá ser excluida ni restringida por medio de pactos especiales o cláusulas estatutarias"⁸⁷⁰.

Asimismo, el análisis del Derecho comparado se ha utilizado en apoyo de esta tesis. En este sentido, el artículo 323 del HGB alemán que prohíbe la limitación y exoneración de la responsabilidad del auditor y la *Companies Act* británica de 1985, cuyo artículo 310 -no modificado por la homónima de 1989-, que expresa idéntica prohibición, son las principales referencias para avalar la opción de la nulidad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad ante la laguna de la regulación española⁸⁷¹.

Unos y otros argumentos han derivado en la posición unánime de la doctrina mercantilista: las cláusulas restrictivas de la responsabilidad no estarían permitidas en vista de la regulación de los artículos 11 y 12 de la LAC ya que "de poco serviría el rigor del régimen que se ha venido examinando si fuera posible que la voluntad de las partes limitara dicha responsabilidad"⁸⁷². En fin, "ha de fijarse como principio general la nulidad de las mismas, con fundamento en el carácter imperativo que trasluce el conjunto de disposiciones

⁸⁶⁸JANÉ BONET, J., *Análisis jurídico de la auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor*, Barcelona, Ed. Bosch, 1995, p.156.

⁸⁶⁹ARANA GONDRA, F.J., *Ley de Auditoría de Cuentas*, op.cit., p.404. Adjudica también carácter imperativo a las normas relativas a la responsabilidad civil de los auditores AMESTI MENDIZÁBAL, C., "La actuación de los auditores en la sociedad anónima...", op.cit., p.126.

⁸⁷⁰ARANA GONDRA, F.J., *Ley de Auditoría...*, op.cit., p.404.

⁸⁷¹Un exhaustivo examen de la responsabilidad del auditor de cuentas el Derecho comparado, en ARISTI MENDIZÁBAL, C., "La actuación de los auditores en la sociedad anónima...", op.cit., pp.63 a 83, y asimismo, en PETIT LAVALL, M.V., *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas...*, op.cit., pp.420 y 421, con referencia específica al fenómeno de la limitación convencional de la responsabilidad.

⁸⁷²AMESTI MENDIZÁBAL, C., "La actuación de los auditores en la sociedad anónima...", op.cit., p.126.

previstas sobre la materia"⁸⁷³.

Sin embargo, la práctica y algún autor han confirmado la validez de ciertas cláusulas denominadas "de delimitación de la responsabilidad del auditor" que podrían ser incluidas dentro de las estudiadas cláusulas de delimitación del objeto del contrato. La inserción de estas cláusulas en los contratos de auditoría implican que "los informes de los auditores se realizan con un finalidad que se expresa en el mismo informe, no siendo responsables los auditores si dicho informe fuera utilizado para otro fin"⁸⁷⁴. Es así que mediante ellas se trata de limitar el riesgo asumido por los auditores o las sociedades de auditoría restringiendo la finalidad de la utilización del informe a los fines expresados en el contrato⁸⁷⁵.

1.3. La validez de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad del auditor de cuentas

La tesis expuesta acerca de la inderogabilidad convencional de la responsabilidad del auditor carece, a nuestro juicio, de un sólido fundamento y puede ser rebatida fundamentalmente en base a las siguientes premisas:

I. Como hemos expuesto al hablar de la responsabilidad de los auditores de cuentas, no se refleja en el artículo 11, pieza fundamental de la regulación de la responsabilidad del auditor, una específica gravedad de la misma -salvando la expresa solidaridad- ni el rigor que

⁸⁷³MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, op.cit., p.275.

⁸⁷⁴AMESTI MENDIZÁBAL, C., "La actuación de los auditores en la sociedad anónima...", op.cit., p.127

⁸⁷⁵A propósito de la validez de estas cláusulas y en favor de su admisión, señala AMESTI ("La actuación de los auditores en las sociedades anónimas...", op.cit., p.128), que "los auditores responden cuando hayan incumplido sus obligaciones siendo una de éstas actuar con arreglo a las normas técnicas que sean aplicables al supuesto en particular. En este sentido, el cumplimiento de su obligación no siempre requerirá obtener los mismos datos ni será siempre necesario realizar un informe exhaustivo. Por ello, no se podrán utilizar los informes realizados con una finalidad determinada para extraer conclusiones y tomar decisiones en relación con cualquier aspecto financiero de la sociedad auditada".

por ciertos autores se le confiere, sino que, más bien, aquella norma vendría a recoger los puntos esenciales de la responsabilidad contractual típica de los artículos 1101 y siguientes del Código civil -remitiéndose en lo no regulado a ellos-, en la que son perfectamente lícitas las limitaciones convencionales. En este sentido, carecen de fundamento, a nuestro parecer, afirmaciones que asignan a la regulación de la responsabilidad de los auditores carácter imperativo derivado de su rigurosidad y de su naturaleza especial, desde el momento en que dicha responsabilidad es la típica contractual, que puede ser, con los límites estudiados, derogada por la voluntad de las partes.

Es así que la explícita manifestación de que el auditor responderá de los daños y perjuicios que ocasionara el incumplimiento de sus obligaciones no debe confundirse con la dotación del carácter imperativo a la responsabilidad de los auditores. Si esto fuera así, podríamos hablar de imperatividad en todos aquellos ámbitos en los que el legislador hubiera dedicado una norma concreta a la determinación del régimen de la responsabilidad -la compraventa, el depósito, por citar algunos casos en los que el propio Código civil reitera el contenido de la norma del 1101 en otros artículos-.

La imperatividad del régimen de responsabilidad del auditor ha de fundamentarse en otros aspectos, como pudieran ser la explícita prohibición de la renuncia al ejercicio de la responsabilidad, la no autorización de cláusulas restrictivas, la expresa atribución a la responsabilidad de un carácter objetivo -sentando de esta forma su naturaleza especial- o la constatación en aquella responsabilidad de principios especialmente protegidos por el legislador y considerados de orden público.

En el caso que nos ocupa parece que no ha sido así. El legislador ha omitido cualquier referencia expresa a la naturaleza imperativa de la norma. Pero además ha evitado que se pueda calificar, a nuestro juicio, de orden público la responsabilidad del auditor, desde el momento en que "ha configurado la actividad de auditoría como una actividad privada [...] y no como ejercicio privado de una función pública"⁸⁷⁶. Entendemos, así, que

⁸⁷⁶PANTALEÓN, F., *La responsabilidad civil de los auditores...*, op.cit., p.29.

el interés general que subyace en el cumplimiento por los auditores de sus obligaciones contractuales no ha de considerarse superior o distinto al que late en el cumplimiento por cualquier deudor de sus obligaciones.

II. Como ha señalado PANTALEÓN "*la expresión responsabilidad ilimitada [del artículo 12 LAC] no puede significar otra cosa que responsabilidad patrimonial universal*"⁸⁷⁷. No hace referencia a la ilimitabilidad de la responsabilidad personal, de la responsabilidad contractual, sino que se refiere a la responsabilidad patrimonial del auditor, reiterando, en este sentido, el enunciado del artículo 1911 C.c.; reiteración, que responde, a juicio del autor citado, a la necesidad de "impedir que se deduzca que los auditores o las sociedades de auditoría sólo responderán del cumplimiento de sus obligaciones de indemnizar, de sus deudas de responsabilidad por daños, con los bienes integrantes de esa mal llamada "fianza" (en su caso, la suma asegurada para aquella responsabilidad) que el propio artículo 12 LAC impone prestar a auditores y sociedades de auditoría"⁸⁷⁸.

En definitiva, no ha querido disponer el legislador con la expresión "responsabilidad ilimitada", la ilimitabilidad de la responsabilidad personal de los auditores y sociedades de auditoría -expresión, por otro lado, nunca utilizada cuando éste es su deseo- sino que ha venido a recordar la universalidad de la responsabilidad patrimonial, la vinculación no limitada del patrimonio de los auditores al cumplimiento de sus obligaciones, a pesar de la creación de la fianza. Y esta mención -"responsabilidad [patrimonial] ilimitada"- no es incompatible con la existencia de cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual del auditor de cuentas.

En resumen: ni el artículo 11 LAC somente, a nuestro juicio, al auditor a un régimen riguroso respecto a la responsabilidad normal del deudor del que se pueda inferir su naturaleza especial o imperativa -por tanto no sujeta a la regla general de limitación convencional de la responsabilidad con los límites estudiados-, ni el artículo 12 LAC, con

⁸⁷⁷PANTALEÓN, F., *La responsabilidad civil de los auditores...*, op. cit., p.32

⁸⁷⁸PANTALEÓN, F., *La responsabilidad civil de los auditores...*, op.cit., p.32.

su mención expresa a la ilimitabilidad ha querido impedir la restricción convencional de la responsabilidad del auditor. Por ello concluimos con la sujeción de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad del auditor a lo establecido con carácter general para la responsabilidad del deudor (por consiguiente, con la no consideración del artículo 12 LAC como un límite legal especial de las convenciones de irresponsabilidad)⁸⁷⁹.

2. LA LEY GENERAL DE PUBLICIDAD DE 1988: EL ARTÍCULO 13

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP) ha pretendido, como su propia denominación indica, un tratamiento jurídico integral de la actividad publicitaria, aprovechando la inexcusable obligación -cumplida otra vez con retraso- de transponer la Directiva CEE 84/850, de 10 de septiembre, relativa a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los países miembros en lo que afecta a la publicidad engañosa.

El ambicioso objetivo que supone un tratamiento general y unitario del fenómeno publicitario, criticado por algún sector doctrinal⁸⁸⁰, ha impuesto una regulación jurídica que

⁸⁷⁹Esta solución no choca con alguna mencionada experiencia del Derecho comparado, en la que, como señalaban los partidarios de la imperatividad del régimen, se prohíbe la exclusión o limitación de la responsabilidad del auditor. Como ha explicado PANTALEÓN (*La responsabilidad civil de los auditores...*, op.cit., pp.33 y 34), tal prohibición -fundamentalmente la del HGB alemán y la de la Companies Act británica- "sólo es aplicable a las auditorías obligatorias de las cuentas anuales [...]. En los contratos de auditoría de carácter voluntario se admiten abiertamente cláusulas limitativas de la responsabilidad del auditor". Siendo la LAC aplicable a cualquier actividad de auditoría de cuentas (art.1 LAC), "resulta imposible alcanzar con ellos la solución diferenciada de los Derechos alemán e inglés".

⁸⁸⁰Entre otros, DE LA CUESTA RUTE ("Observaciones sobre la Ley General de Publicidad", en AA.VV., *Perspectivas actuales del Derecho mercantil*, coord. por F. Sánchez Calero, Madrid, Ed. Aranzadi, 1995, p.122 y ss.) considera "inútil e inconveniente" tratar en un solo texto legal el entero fenómeno publicitario, dada la complejidad que esta actividad encierra. Critica además la "visión reduccionista" (p.124) de la LGP la vincular la publicidad "al ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional", tal y como señala el artículo 2. Ello -sigue reflexinando el autor- implica "una fragmentación no justificada de lo que es publicidad en cualquier caso y que debe merecer por eso un mismo tratamiento jurídico desde unos determinados puntos de vista": "que los mensajes no deben atentar al derecho al honor no es algo que no deba tenerse en cuenta aunque el

no se detenga en la mera configuración de la publicidad y de su contenido, en otras palabras, que no se limite a la definición de la publicidad engañosa o ilícita⁸⁸¹, sino que se extienda a otros aspectos de la actividad publicitaria, como son los contratos publicitarios. Precisamente es a este ámbito de la regulación, al que la Ley le dedica el Título III ("*De la contratación publicitaria*"), al que pertenece la norma que será objeto de debate.

El artículo 13 de la LGP, ubicado entre las disposiciones comunes a los diversos tipos de contratos publicitarios, prescribe: "*En los contratos publicitarios no podrán incluirse cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en que puedan incurrir las partes como consecuencia de la publicidad*".

Con carácter previo al análisis de esta norma, la cual pudiera representar un nuevo límite legal a las cláusulas restrictivas de responsabilidad, trataremos de examinar su marco de operatividad: la contratación publicitaria.

emisor del anuncio no sea un empresario o artesano profesional" (p.125).

⁸⁸¹La publicidad ilícita -verdadera preocupación de la Ley- viene delimitada en el artículo 3 a través de cinco apartados. Así, es ilícita con respecto a la LGP: "a) la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores o derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer; b) la publicidad engañosa; c) la publicidad desleal; d) la publicidad subliminal; e) la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios". Los conceptos de publicidad engañosa, desleal, y subliminal son además especificados en la propia Ley en los artículos 4 y 5, 6 y 7 respectivamente. Respecto de la publicidad engañosa hay que tener en cuenta la regulación que hace la LCU en su artículo 8, el cual incide en la publicidad falsa y engañosa. Asimismo, y al margen de normativa especializada, es digna de mención la Ley de Competencia Desleal de 1991, cuyo artículo 6.c) define la publicidad comparativa como un supuesto de publicidad desleal. Sobre el tema, vid., PASQUAU LIAÑO, M., "Comentario al art.8", en AA.VV., *Comentarios a la LCU*, op.cit., p.139 y ss.; DE LA CUESTA RUTE, J.M., "Observaciones a la Ley...", op.cit., p.128 y ss.; MARTÍ, J.N., "La publicidad y el derecho-deber de información", p.2071 y ss.; OTERO LASTRES, J.M., "La publicidad comparativa, ¿licitud o ilicitud?", p.935 y ss. y LEMA DEVESA, C., "La publicidad engañosa en el Derecho español", p.869 y ss., todos ellos en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, op.cit., T.II y T.I, respectivamente.

2.1. Ámbito de aplicación de la norma: los contratos publicitarios

Como hemos anunciado, el artículo 13 LGP se inserta en el Título III de la Ley dedicado a la regulación jurídica del aspecto contractual de la actividad publicitaria: los contratos publicitarios. Este Título, compuesto, como señala la Exposición de Motivos de la Ley, "por normas de derecho privado", define las líneas básicas de la contratación cuyo objeto es la publicidad. El contrato publicitario es la base contractual de la actividad publicitaria, el "instrumento jurídico comúnmente utilizado para el ejercicio de dicha actividad"⁸⁸², "el aspecto funcional"⁸⁸³ de la publicidad.

No obstante, la LGP no define unitariamente el contrato publicitario sino que lo determina sobre la existencia de categorías diferentes, cuya variedad responde a la combinación de distintos sujetos (el anunciante, la agencia de publicidad, el medio de publicidad y, en determinados casos, individuos privados) y a la causa de la relación contractual, siendo en todos ellos denominador común el objeto del contrato: la publicidad.

Son cuatro las categorías contractuales definidas en la Ley. En primer lugar, el contrato de publicidad (art.15) es aquél *"por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma"*. En segundo lugar, el artículo 19 LGP entiende como contrato de difusión publicitaria *"aquél por el que, a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga en favor de una anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario"*. En tercer lugar, la LGP conceptúa el contrato de creación publicitaria como *"aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor del anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario"* (art.22). Por último, el artículo 24 LGP

⁸⁸²MARTÍ, J.N., "La publicidad y el derecho-deber de información", op.cit., p.2073.

⁸⁸³DE LA CUESTA RUTE, J.M., "Observaciones sobre la Ley...", op.cit., p.122.

cierra el Título III definiendo el contrato de patrocinio que será *"aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador"*.

La definición de estos cuatro tipos contractuales⁸⁸⁴, al tiempo que delimita el ámbito de aplicación del artículo 13 LGP que forma parte de las disposiciones comunes a todos ellos, vuelve a manifestar la naturaleza eminentemente mercantil de la contratación publicitaria, ya patente en el artículo 2 LGP cuando vincula el concepto legal de publicidad al *"ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional"*⁸⁸⁵. En dichos contratos, por los menos dos de los sujetos implicados, las agencias de publicidad y los medios de difusión o publicitarios, tienen preceptivamente la categoría de "profesionales", tal y como especifica la Ley en el artículo 10⁸⁸⁶. El anunciante, que puede ser persona física o jurídica⁸⁸⁷, participará generalmente de la misma naturaleza, ya que son las empresas o firmas comerciales las que efectúan el desembolso en publicidad. En otras palabras, el contrato publicitario vincula a empresarios, a profesionales. No se trata, por lo

⁸⁸⁴Continuando con su talante crítico con la Ley de Publicidad, DE LA CUESTA ("Observaciones sobre la Ley...", op.cit., p.173 y ss.) considera "escaso y simple" el régimen contractual en la LGP, sobre todo en lo que atañe a los tipos regulados en los artículos 15, 19 y 22 (el contrato de patrocinio, definido en el art.24, carece de régimen propio al remitirse la norma a la regulación del contrato de difusión). Con respecto a los tres contratos mencionados, señala el autor que aunque el legislador supera "el intervencionismo que el EP [el Estatuto de Publicidad de 1964] representaba", evidencia muchas deficiencias técnicas y un "tono arcaizante" en muchos aspectos -entre los ellos, se lamenta de que la Ley siga hablando de agencias de publicidad en lugar de empresas de publicidad-.

⁸⁸⁵El artículo 2 LGP define publicidad a los efectos de esta Ley como *"toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos u obligaciones"*.

⁸⁸⁶Según el artículo 10 LGP las agencias de publicidad son *"las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante"*. Los medios de publicidad son *"las personas naturales o jurídicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten"*.

⁸⁸⁷Según el artículo 10 LGP *"es anunciante la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad"*.

tanto, de un contrato de consumo en el que participe la figura del consumidor. La relación del fenómeno publicitario con el consumidor pertenece a la fase de difusión de la publicidad objeto de dichos contratos; son los efectos del mensaje publicitario los que afectan al consumidor, pero éste permanece al margen -porque no es parte- de la actividad contractual que genera la publicidad.

2.2. Análisis del artículo 13 LGP

Hemos avanzado ya el tenor literal del artículo 13. Según él, se proscribe la inserción en cualquiera de los contratos publicitarios analizados de cláusulas exoneratorias, limitativas o de imputación de la responsabilidad frente a terceros en que pudieran incurrir las partes con motivo de la publicidad.

Una primera interpretación, mantenida por DE LA CUESTA⁸⁸⁸, acerca del alcance del precepto, partiría de la siguiente reflexión: si el objetivo del artículo 13 fuese sancionar la ineficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad que pudieran pactar los contratantes *frente a terceros*, estaría ignorando el principio de inoponibilidad de los contratos frente a sujetos que no son parte. De este principio, consagrado en el artículo 1257 C.c., ya se deduce la ineficacia de cláusulas restrictivas de responsabilidad -y de cualquier pacto- con respecto a los terceros que no tienen la categoría de contratantes, o, en su caso, de herederos de los contratantes. Desde esta perspectiva, la prohibición del artículo 13 LGP resultaría inútil e innecesaria: la propia disciplina contractual nos conduciría a idéntica solución.

Así las cosas, debe buscarse otro sentido a la norma. DE LA CUESTA opina que "el contenido normativo [del art.13 LGP] tiene que referirse al ámbito contractual interno y en éste la prohibición legal de las cláusulas supone su ineficacia entre partes, de modo que en todo caso pechará con la responsabilidad el verdadero culpable"⁸⁸⁹. Además, recordando la antigua normativa al respecto (artículos 25 y 26 del Estatuto de Publicidad) en la cual se

⁸⁸⁸Cfr. DE LA CUESTA RUTE, J.M., "Observaciones sobre la Ley...", op.cit., pp.170-171.

⁸⁸⁹DE LA CUESTA RUTE, J.M., "Observaciones sobre la Ley...", op.cit., p.171.

hacía responsables solidariamente a anunciantes, agencias y medios de publicidad en caso de daños frente a terceros, el autor citado piensa que la prohibición del artículo 13 LGP pudiera conferir esta solidaridad a la eventual daño extracontractual de los contratantes con respecto a terceros: "cuando se trata de la responsabilidad estricta del ilícito traducible en indemnización o resarcimiento, que es acción que también cabe contra la publicidad ilícita que por sus circunstancias se subsuma en el ilícito civil extracontractual, entonces es cuando opera en su plenitud la norma del artículo 13 LGP en cuanto, si frente a terceros todos resultan responsables, la ineficacia en la relación interna de las cláusulas modificativas del régimen de responsabilidad producirá que puedan dirigirse las partes contra el verdadero responsable"⁸⁹⁰.

Propone, entonces, DE LA CUESTA que la prohibición del artículo 13 se reconduzca al ámbito de la relación interna contractual, resultando, por tanto, ineficaces las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en la que incurrieran las partes frente a terceros entre los propios contratantes.

Sin embargo, creemos que es posible efectuar otra lectura de la norma, respetando plenamente su tenor literal. Y es que, a nuestro juicio, sí tiene sentido la locución frente a terceros, porque si bien el principio general es que las cláusulas restrictivas de responsabilidad produzcan efectos *inter partes*, de acuerdo con el artículo 1257, es posible, como veremos al tratar su eficacia, que extiendan sus efectos a terceros que no han sido parte en el pacto de irresponsabilidad. Precisamente, la constatación de este extremo le confiere pleno sentido al artículo 13 LGP. Veámos.

En primer lugar, convenimos con DE LA CUESTA en que la norma parece conferir la solidaridad a la relación entre los ligados por un contrato de publicidad con respecto a los daños que puedan producirse a los terceros. El indicio de la solidaridad no sólo puede inferirse de los antiguos preceptos del Estatuto de Publicidad en los que se establecía expresamente aquélla, sino, precisamente, del propio tenor de la norma, cuando prohíbe las

⁸⁹⁰DE LA CUESTA RUTE, J.M., "Observaciones sobre la Ley...", op.cit., p.172.

cláusulas restrictivas de responsabilidad frente a los terceros.

Desde esta perspectiva, desde existencia de solidaridad entre los contratantes frente al tercero, se entiende claramente la norma. Su significado sería el siguiente: si ambos contratantes responden solidariamente de los daños producidos a un tercero, la eventual existencia de una cláusula de exoneración entre ellos no puede ser opuesta al tercero en su reclamación frente a uno de ellos por la deuda íntegra. La posibilidad de que las cláusulas de irresponsabilidad entren en juego en la dinámica de la obligación solidaria, jugando como excepciones personales del artículo 1148 C.c., pudiendo dificultar la reclamación del tercero, es del todo factible, como se expondrá al tratar esta cuestión. Es, por lo tanto, para evitar que uno de los contratantes utilicen esta posibilidad y opongan frente al tercero dañado -a causa de la publicidad ilícita⁸⁹¹ o de otro título- para lo que la LGP ha previsto que las cláusulas exoneratorias de la responsabilidad no podrán ser eficaces frente a los terceros.

De esta forma, la existencia o inexistencia de cláusulas restrictivas de responsabilidad en el seno de una relación contractual no podrán afectar, de acuerdo con el artículo 13 LGP, a la relación externa de los contratantes frente a los terceros, quienes estarán protegidos en todo caso.

Pero la ineficacia de las cláusulas frente a los terceros (relación externa) no impide que éstas operen entre los contratantes, esto es, en el marco de la relación interna: la

⁸⁹¹La acción de responsabilidad extracontractual fundamentada en los daños que pueda generar la publicidad ilícita no está expresamente contemplada en la LGP, aunque el artículo 32 la considera compatible con las acciones específicas de la Ley: las acciones de cesación y rectificación de la publicidad. En efecto el art.32 LGP señala: "*Lo dispuesto en los artículos precedentes será compatible con el ejercicio de las acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan y con la persecución y sanción como fraude de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios*". No obstante, las acciones de cesación y rectificación constituyen el procedimiento especial de la Ley contra la publicidad ilícita. Estas acciones, reguladas en los artículos 25 y siguientes, permiten un control más efectivo sobre la publicidad, al establecer un procedimiento sumario que tiene como objetivo el inmediato cese o rectificación del mensaje publicitario considerado lesivo. Sobre este particular, vid. LORCA NAVARRETE, A., "Cuestiones procesales relativas a la publicidad ilícita", *La Ley*, 1989, n°2190, p.2 y ss. y ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., "Planteamientos básicos sobre el proceso y procedimiento de la Ley General de Publicidad", *R.G.D.*, abril, 1990, p.2175 y ss.

presencia de estos pactos favorecerán los derechos de repetición de la indemnización pagada al tercero. Si el tercero, en virtud del principio de solidaridad, ha reclamado, por ejemplo, al medio de difusión la reparación del daño causado, éste podría repetir íntegramente lo pagado contra vgr. la agencia de publicidad si es beneficiario de una cláusula de exoneración.

La licitud de estos pactos entre los contratantes, en contra de lo apuntado por DE LA CUESTA, se sostiene no sólo en una interpretación literal de la norma -que prohíbe los pactos frente a los terceros, específicamente-, sino también acudiendo a la *ratio* de la misma. En este sentido, el carácter eminentemente mercantil de estos contratos, en los que los sujetos participantes son, por regla general profesionales, y la naturaleza de los intereses que están en juego en ellos -que no afectan al orden público y en los que no resultan implicados categorías de contratantes débiles-, determinaría que no exista obstáculo para admitir la posibilidad de que las partes regulen como mejor crean conveniente las consecuencias indemnizatorias derivadas de posibles responsabilidades civiles, siempre que el daño sea resarcido y que el tercero afectado no se vea perjudicado con tal regulación -cuestión que, ya vimos, acontece-. Por otra parte, es oportuno señalar, en vista de la similitud de las hipótesis, que en la analizada Ley de Productos Defectuosos es perfectamente factible que las cláusulas restrictivas de responsabilidad jueguen en la relación interna de la cadena productiva (vgr. en un contrato de suministro entre el productor y el suministrador) en tanto no afecten al tercero perjudicado por el producto defectuoso.

3. EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: EL ARTÍCULO 3.5

La posibilidad, otrora imaginable⁸⁹², de que el empresario se liberase frente al

⁸⁹²Tales cláusulas no eran raras en los contratos de trabajo del siglo pasado. Por ello es explicable que la doctrina, hasta mediados de siglo, considerase al contrato de trabajo como unos de los soportes más comunes en los que se insertaban las cláusulas de irresponsabilidad. Así, en la doctrina francesa han incidido en este extremo, siempre para negar la virtualidad de las cláusulas: BONNECASE, J., *Elementos de Derecho civil*, trad. esp., Mejico, Ed. Cajica, 1945, p.422; L ALOU, H., *Traité pratique...*, op.cit., p.376; MAZEAUD, H., L y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, op.cit., p.38; MUZUAGHI, A.S., *Le déclin des clauses...*, op.cit., p.278; STARCK, B., ROLAND,

trabajador de su responsabilidad derivada del contrato de trabajo decae en la actualidad a la luz de un ordenamiento jurídico laboral imperativo cuyo norte es la protección del trabajador y en el que la autonomía privada ha sido sensiblemente recortada en beneficio de la autonomía colectiva y de la heteronomía⁸⁹³.

H. y BOYER, L., *Obligations. Le contrat*, op.cit., p.678; LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, op.cit., p.110. En España, la doctrina civilista no ha prestado una atención especial a tales cláusulas (sólo referencias en GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.228 y ss. y VICENTE Y GELLA, F., "Condiciones de no responsabilidad", op.cit., p.892) acaso porque a partir de 1900, y en lo que respecta al ámbito de la Seguridad Social, la Ley de Accidentes de Trabajo prohíbe "*cualquier renuncia a los beneficios de la presente Ley y, en general, todo pacto contrario a sus disposiciones*" (art.19). Como señala OJEDA AVILÉS (*La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1971, p.91) "la escasa cohesión social de aquella época, el clasismo de la sociedad española, y el no muy boyante capitalismo frente al que surgía, atrevido, un dirigismo estatal de las relaciones de trabajo, debieron influir fuertemente en la mentalidad de los empresarios de entonces para tratar de eludir por todos los medios las molestas obligaciones que se les imponían, encontrando en esta postura elusiva el apoyo inconsciente de la acuciante necesidad y de la ignorancia del trabajador". Esta situación de indefensión para los trabajadores finaliza, en el sector de los accidentes de trabajo, con la L.A.T. En materia del contrato de trabajo, la Ley del Contrato de Trabajo de 1944, declara nulo, en su artículo 36, "*todo pacto que limite, en daño de cualquiera de las partes, el ejercicio de los derechos civiles o políticos, así como la renuncia hecha por el trabajador, antes o después de la celebración del contrato, de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidentes de trabajo, perjuicios ocasionados por incumplimiento de contrato o cualesquiera otros beneficios establecidos por la Ley*".

⁸⁹³En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ("Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales", en *Relaciones laborales*, 1991-II, p.47) explica, al hilo del paso histórico del tratamiento civil al tratamiento laboral de las relaciones de trabajo que "el punto de partida ha sido el reconocimiento de la realidad de la falta de poder contractual del trabajador, que no se encuentra en una situación de paridad con el empresario para poder tutelar frente a él sus propios intereses. De la autonomía se pasa a la heteronomía en la medida en que se establecen reglas externas y desde fuera a las partes del contrato, y que se imponen a éstas al margen por completo de su voluntad. De lo individual se pasa a lo colectivo en cuanto que se crean instrumentos para articular desde el lado del trabajo un poder social, a través de la organización colectiva, reapareciendo la autonomía, pero en un sentido cualitativo y cuantitativamente distinto, como autonomía colectiva, en la que la aportación del individuo sirve para crear ese poder precisamente mediante la pérdida de individualidad, al insertarse en la lógica de la acción colectiva y del interés colectivo, al que se traspaasa la idea misma de autonomía, en el Derecho del Trabajo predomina tendenciosamente así lo heteronómico sobre lo autonómico y lo colectivo sobre lo individual, con la consiguiente reducción de la función reguladora de la autonomía de la voluntad individual". Mas la limitación de la autonomía contractual del trabajador (como individuo) no implica que ésta no exista en absoluto, sobre todo en un momento en el que se está asistiendo a un replanteamiento y a una revalorización del papel de la autonomía privada frente a las fuentes heterónomas del contrato de trabajo y frente a los convenios colectivos. Sobre esta tendencia, vid. los siguientes artículos publicados en *Relaciones Laborales*, 1991-II: D'ANTONA, M., "La autonomía individual y las fuentes del Derecho del trabajo", p.284 y ss.; OJEDA AVILÉS, A., "Autonomía colectiva y autonomía individual", p.311 y ss.; CONDE MARTÍN DE HUIJAS, V.,

La responsabilidad del empresario es múltiple. Un primer bloque, de suma relevancia, es el constituido por la responsabilidad por los accidentes de trabajo. En este sentido, y al margen de normas cogentes negadoras de pactos en contrario, la limitación convencional sería ya incompatible con el hecho de que la responsabilidad se originara a causa de un accidente de trabajo: las cláusulas de exoneración serían inconstitucionales por mermar la protección civil de los derechos de integridad física y moral, del artículo 15 CE. (Incluso su configuración como responsabilidad por riesgo⁸⁹⁴ y responsabilidad objetiva no toleraría cláusulas restrictivas de responsabilidad⁸⁹⁵)

Mas el empleador está sometido a otras responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones propias del contrato laboral, e incluso a la precontractual dimanante del incumplimiento de la promesa de dar trabajo⁸⁹⁶ ¿Puede el trabajador renunciar a las indemnizaciones debidas por el empresario en estos supuestos?

Es el momento de incorporar a estas páginas un precepto que zanja la cuestión. El

"Autonomía individual: alternativa de desarrollo", p.355 y ss.; DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C., "Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las relaciones de trabajo", p.382 y ss.; CASAS BAAMONDE, M.E., "La individualización de las relaciones laborales", p.402 y ss.

⁸⁹⁴Se trata de una responsabilidad fundada en el riesgo profesional: "quien genera una situación de riesgo al margen de toda consideración de culpa o negligencia ha de pechar con las actualizaciones del riesgo en siniestro aunque éstas se deban al azar; tal es el principio a aplicar a las situaciones de riesgo generadas por el funcionamiento de la empresa" (Cfr. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 13ªed., Madrid, Ed. Civitas, 1992, p.109). Esto es, la constatación de un accidente de trabajo es causa suficiente para que surja la responsabilidad del empresario (responsabilidad asegurada y limitada cuantitativamente), que responde también del caso fortuito.

⁸⁹⁵En este sentido, MUZUAGHI, A.S., *Le déclin des clauses...*, op.cit., p.279, señala que "*C'este dans ce domaine -notamment en matière des accidents du travail- que la th'éorie du risque et de la garantie, ont une grande valeur. A ce propos, la responsabilité de l'employeur ne se fonde plus sur le seul fondement de la faute, mais su l'idée de risque et de garantie, tout au moins dans des as particuliers. Donc, cela est incompatible avec l'usage de toute clause d'exoneration*".

⁸⁹⁶Acerca de la responsabilidad que genera el incumplimiento de la promesa de dar trabajo, vid. MARTÍNEZ GIRÓN, J., "El precontrato de trabajo: tratamiento legal y jurisprudencial de las promesas de dar trabajo", en *Gestión estratégica de los recursos humanos en la empresa*, Ferrol, Ed. Cámara Oficial de Comercio, Industria e Navegación, 1994, p.11 y ss.

artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores consagra un principio básico en materia laboral en los siguientes términos: *"Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo"*.

Es el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales -que a su vez lleva implícito el de la prohibición de la exclusión de la ley aplicable- sobre el que "reposa el principio de la norma mínima"⁸⁹⁷. Ciertamente es que si el ordenamiento jurídico laboral pretende conceder al trabajador unos mínimos protectores -es éste el significado del principio de protección al trabajador- debe procurar, al tiempo, que aquéllos sean inderogables por la voluntad de las partes. En otro caso su eficacia resultaría ilusoria.

En realidad, la irrenunciabilidad de derechos laborales, que implica la derogación del principio de Derecho común de renuncia a los derechos (art.6.2 C.c.), se fundamenta en la defensa del orden público de protección. En expresión de MENÉNDEZ PIDAL : "Ocurre, no obstante, que la propia legislación, sin duda entendiendo que el derecho no es sólo la libertad, sino la dirección de esa libertad, consagra el principio de la irrenunciabilidad de los derechos, lo que constituye uno de los principios rectores del Derecho social, dado su carácter protector y tutelar, sin que ello equivalga a la desaparición del uso de la voluntad, quedando ésta solamente limitada, a saber, una limitación del *ius dispositivum*, bien para evitar su abuso, o bien para que no se pueda evadir el cumplimiento de esta legislación, tanto en beneficio del sujeto de Derecho social digno de protección, como para evitar que de forma indirecta puedan anularse los fines de política social perseguida, lo que en definitiva, *trasciende de lo individual al ámbito del bien común*"⁸⁹⁸.

⁸⁹⁷ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del trabajo*, 13ª ed., Madrid, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1993, p.886.

⁸⁹⁸ MENÉNDEZ-PIDAL Y DE MONTES, J., "La renuncia y el desistimiento en lo social", *R.D.P.*, 1961, p.549. En el mismo sentido, ALONSO OLEA, M., "Derechos irrenunciables y principio de congruencia", *A.D.C.*, 1960, p.321; OJEDA AVILÉS, A., "La renuncia de derechos...", op.cit., p.128. Este último después de analizar las posibles fundamentaciones a la irrenunciabilidad de los actos laborales (teoría del vicio de consentimiento, de la incapacidad jurídica relativa del

Entrando ya en el análisis de lo prohibido por el artículo 3.5 ET sólo diremos que es nula tanto la renuncia propia -la renuncia a los derechos adquiridos, la renuncia *ex post*- como la llevada a cabo anticipadamente⁸⁹⁹ y que una y otra han de referirse, para que pese sobre ellas la sanción de nulidad, a los derechos reconocidos por "las disposiciones de derecho necesario" o a los reconocidos "como indisponibles por convenio colectivo"⁹⁰⁰.

La exigencia de que lo renunciante sea un derecho reconocido por las disposiciones de derecho necesario -o por convenio colectivo- podría poner en tela de juicio la conclusión de que las cláusulas de renuncia a los derechos indemnizatorios sea nula, si éstos no estuvieran previstos en normas de derecho necesario. Sin embargo, en defecto de estas disposiciones, el orden público de protección constituiría fundamento suficiente para declarar nulas las cláusulas restrictivas de responsabilidad frente al trabajador.

En definitiva, el principio de irrenunciabilidad del artículo 3.5 ET, o, en su caso, el orden público de protección, impide tajantemente la validez de cualquier cláusula restrictiva

prestador de la obra y teoría del interés colectivo de la categoría profesional) concluye que la ratio legis del art.36 L.C.T. (equivalente al actual 3.5 E.T.) descansa en la denominada teoría del fraude de ley: "la finalidad perseguida por el ordenamiento laboral, el intento de llevar una mayor justicia al *status* del trabajador, quedaba incumplida y burlada por el procedimiento de la renuncia sistemática de éste; era necesario poner un coto a esta clase de actividad negocial, y la solución fue tajante: la nulidad de la dejación de los beneficios "legales" del trabajador", indicando, no obstante que "esta defensa del orden público laboral frente a los embates del fraude, será actuada en multitud de ocasiones frente a los empleados, a los asalariados, porque lo que sustancialmente se mira no es esta voluntad más o menos viciada, a veces absolutamente convencida de que lo que más le conviene es justamente renunciar, sino a la incolumidad del ordenamiento sobre el trabajo, erosionada de una manera indirecta por la renuncia".

⁸⁹⁹Advierte OJEDA AVILÉS ("La renuncia de derechos...", op.cit., p.183) que "la renuncia viene contemplada en el ordenamiento laboral en sentido amplio, que excede de aquél técnico o estricto ya visto -se refiere a la renuncia civil-, llegando a comprender en ella tanto el negocio abdicativo en sentido propio, como la remisión de la deuda y la condonación [...]"

⁹⁰⁰En torno a la adición del adjetivo indisponible en los derechos reconocidos por convenio colectivo, CASAS BAAMONDE (ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del trabajo*, op.cit., p.887), ha señalado que "parece como si éste necesitara cláusula expresa de indisponibilidad referida a su propio contenido o parte de él, porque hubiera de entenderse de otra forma que es en bloque derecho dispositivo frente al contrato individual", interpretación que, a su parcer, en errada.

de la responsabilidad del empresario frente al trabajador⁹⁰¹, al ser ésta, en definitiva, una renuncia anticipada a los derechos indemnizatorios contemplados en las leyes laborales (el artículo 4.2 ET incluye, entre los derechos del trabajador, el "*ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo*"). No obstante, no podemos concluir la nulidad de cualquier cláusula de exoneración de responsabilidad inserta en un contrato laboral; no existe obstáculo alguno para considerar como válida, aunque tal vez rara en la práctica, la cláusula en la que el empresario renuncie anticipadamente a la indemnización en caso, vgr. de dimisión del trabajador⁹⁰² -el artículo 3.5 ET habla de renunciias del trabajador; el artículo 3.1c) del mismo cuerpo legal permite que mediante la voluntad de las partes se llegue a una condición más beneficiosa para el trabajador⁹⁰³; y el orden público de protección no se vería afectado-.

⁹⁰¹La prohibición no afecta a las relaciones entre el empresario y un tercero causante del accidente. Cfr. LALOU, H., *Traité pratique...*, op.cit., p.376.

⁹⁰²Hacemos alusión a los supuestos en los que la dimisión del trabajador sea fuente de indemnización de daños y perjuicios, lo cual acontecerá si el trabajador incumple el plazo de preaviso, cuando se haya convenido con la empresa un pacto de permanencia, o en el caso que el trabajador dimisionario sea deportista profesional. Al respecto, vid. MARTÍNEZ GIRÓN, J., "La dimisión del trabajador", en *Actualidad Laboral*, nº20, 1990, pp.236 y 237.

⁹⁰³Esta posibilidad ha sido puesta de relieve, para el derecho francés, por VINEY, G., *La responsabilité: effets*, op.cit., p.273. "*En droit social, les seules clauses restrictives de responsabilité qui soient valables sont celles qui profitent au salarié (par exemple une clause par laquelle l'employeur renoncerait à demander des dommages-intérêts à l'employé en cas de rupture irrégulière du contrat à l'initiative de celui-ci*". La validez de estas cláusulas reposa en el principio de condición más beneficiosa adquirida, inspirador del ordenamiento laboral, que supone que "en general, lo pactado por las partes en la relación individual de trabajo en ejercicio de su autonomía contractual, en cuanto sea más favorable al trabajador, se impone a toda regulación general sobre cualesquiera condición de trabajo, y sin distingo en cuanto a su fecha, conforme al ET, art.3º1c) y sin que pueda, en cuanto favorable, ser tachado de discriminatorio": ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, op.cit., p.880.

PARTE III

LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Capítulo Único

LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD

1. LA OPORTUNIDAD DEL ESTUDIO DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD

Lo que nos proponemos en las páginas que siguen no es, obviamente, efectuar un estudio en profundidad de la teoría de la interpretación contractual. Tampoco pretendemos analizar con exhaustividad las reglas hermenéuticas, cuestión que rebasaría el propósito de nuestra investigación. De lo que se trata, simplemente, es de acercar la técnica interpretativa a las cláusulas restrictivas de responsabilidad para, de esta forma, aplicar específicamente las reglas de la exégesis del contrato a las convenciones de irresponsabilidad.

La consideración independiente del objetivo expuesto no carece, a nuestro juicio, de justificación. Antes bien, pensamos que la interpretación de las cláusulas restrictivas de responsabilidad merece un tratamiento autónomo por la complejidad que éstas comportan, complejidad que, en lo que interesa a su interpretación, podemos concretar en dos puntos nucleares.

En primer lugar, como ya pusimos de manifiesto al delimitar el objeto de estudio, las citadas cláusulas engloban una realidad muy amplia que cada vez se ensancha más merced a las avanzadas -y a veces- técnicas contractuales. Pero no sólo nos encontramos con una realidad casi indeterminada cuando topamos con una cláusula restrictiva, sino que además ésta está comúnmente redactada en términos también amplios, y hasta confusos, que obligan a realizar una interpretación de la misma antes de aplicarle los efectos que el ordenamiento ha previsto para ella. Así, una cláusula como "*no se responde en caso de...*" plantea indefectiblemente una tarea interpretativa, casi inconsciente, (y ello porque si tomamos en toda su amplitud esta declaración la cláusula devendría nula -como ya vimos, una declaración

de irresponsabilidad total es a todas luces ilícita en nuestro Derecho-), tarea a la que seguirá la oportuna calificación jurídica de la figura (vgr. como restrictiva de responsabilidad y no como cláusula delimitadora del contrato).

En segundo lugar, otro factor permite hablar de la relevancia de la exégesis de estas figuras: el juicio negativo y desfavorable que se atribuye a las limitaciones convencionales de responsabilidad. Su valoración como pactos abusivos o perjudiciales, que entrañan riesgos para la parte débil del contrato y para la propia estructura de la obligación, va a determinar particularidades a la hora de su interpretación. Por ello, se trataría de promocionar una interpretación restrictiva o estricta frente a una más amplia, que pudiera conceder al pacto de irresponsabilidad mayores efectos exoneratorios, y, por tanto, dotarla de un juicio aún más desfavorable. En este punto es destacable la labor de la jurisprudencia inglesa que ha defendido la *strict interpretation* cuando de cláusulas exoneratorias se trata (*exemption o exclusion clauses*), llegando en ocasiones, a través de esta técnica interpretativa, a efectuar un verdadero control de contenido de las cláusulas que estudiamos⁹⁰⁴. (Otra cuestión es averiguar si tal interpretación restrictiva es factible en nuestro ordenamiento jurídico).

Pero no debe ser sólo la interpretación de la específica cláusula de irresponsabilidad el único objetivo de la labor hermenéutica, sino que el intérprete ha de ensanchar su atención al íntegro contrato en el que la cláusula se inserta; la interpretación de estas cláusulas no se detiene en la contemplación individual de cada una de ellas sino que se extiende al entendimiento de esa condición en la totalidad del negocio jurídico. Y ello porque es común la existencia de antinomias entre las cláusulas del negocio o de contradicciones entre una cláusula y el espíritu o esencia del propio contrato. Así, la concurrencia de una cláusula que exonera al deudor de su responsabilidad en caso de culpa y otra que limita el *quantum* indemnizatorio o declara inexistente una obligación, o la existencia de una cláusula de no responsabilidad por la guarda en un contrato de custodia de vehículos, son dos ejemplos que

⁹⁰⁴Aunque profundizaremos más adelante sobre este tipo de interpretación, vid. LAWSON, R., *Exclusion clauses...*, op.cit., p.29 y ss.; TREITEL, G.H., *The law of contract*, op.cit., p.202 y ss.; LEWISON, K., *The interpretation of the contract*, 2ªed., London, Ed. Sweet& Maxwell, 1996, p.257; CHITTY, *On contracts*, op.cit., vol.1º, p.637 y ss.

ilustran el problema. La compatibilización -la interpretación sistemática- entre las cláusulas de un contrato, que a menudo consta de decenas de condiciones en las que se combinan las de carácter general con las particulares, es tarea especialmente delicada en lo que atañe a las cláusulas objeto de estudio.

Lo expuesto hasta el momento pone de manifiesto, a nuestro entender, la relevancia que puede desempeñar -y que desempeña efectivamente- la hermenéutica contractual en el juego de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad. De una interpretación acorde con las reglas que tanto el Código civil como las leyes especiales contemplan depende una comprensión exacta del alcance de la cláusula y de su preciso alcance en el concreto negocio; en definitiva: la determinación de cuál es el grado concreto de responsabilidad del deudor.

Terminamos esta introducción con las palabras del High Court of Australia -en el caso *Darlington Futures Ltd. v. Delco Australia Pty. Ltd.* de 1986⁹⁰⁵-, que resumen la tarea del intérprete ante las cláusulas restrictivas de responsabilidad:

"La interpretación de una cláusula de exclusión depende de su interpretación según su significado normal y corriente; efectuándola a la luz del contrato concebido como un todo, pues de ese modo se otorga la importancia debida al contexto en el cual aparece la cláusula; teniendo en cuenta la naturaleza y objeto del contrato; y, en su caso, interpretando la cláusula *contra proferentem* en caso de ambigüedad".

2. INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL Y CALIFICACIÓN JURÍDICA

Para estudiar el fenómeno exegético sin traspasar sus lindes hay que partir de un presupuesto, que no es otro que el significado y función de la interpretación como técnica

⁹⁰⁵ "[...] *The interpretation of an exclusion clause is to be determined by construing the clause according to its natural and ordinary meaning, read in the light of the contract as a whole, thereby giving due weight to the context in which the clause appears including the nature and object of the contract, and, where appropriate, construing the clause contra proferentem in case of ambiguity*". Cit. por LEWISON, K., *The interpretation of the contract*, op. cit., p.257.

jurídica. Reproducimos, en este sentido, las palabras de BETTI, quien definía la interpretación como "la acción en la cual el resultado o evento útil es entender"⁹⁰⁶.

En concreto, "interpretar un contrato es declarar cuál sea la virtualidad (valor jurídico) de las palabras en que se ha expresado la voluntad de las partes"⁹⁰⁷. La interpretación contractual, por consiguiente, "tiene como finalidad la investigación de la verdadera y real voluntad de los contratantes para establecer el alcance y contenido de lo pactado fijando las obligaciones asumidas por cada uno de ellos en la relación contractual"⁹⁰⁸.

Así, el entendimiento y la comprensión del contenido contractual -de las declaraciones de las partes- deben ser los objetivos del intérprete⁹⁰⁹, quien no ha de pretender, amparándose en la técnica exegética, un control encubierto del contenido del contrato. Resulta tajante ALFARO al tratar la cuestión: "El recurso a las normas de interpretación para rectificar el contenido de un contrato conduce, por un lado, a la desvirtuación y degradación de la función de tales reglas (que no es rectificar sino averiguar), lo cual es dogmáticamente

⁹⁰⁶BETTI, E., *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, trad. por J.L. de los Mozos, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1975, p.29. No obstante, el "entender" al que se refiere el maestro italiano no puede ser equiparado a un concepto básico de "entender", a un mero proceso cognoscitivo, sino que apunta a una "vivificación" de la ley y de las normas interpretadas como parte de ese entender. Por ello, "la interpretación jurídica no implica solamente un momento cognoscitivo, de reconocimiento, como en otros ámbitos de las ciencias del espíritu; sino que además tiene una función normativa. Es decir, la interpretación de la ley y de otras fuentes jurídicas proporcionan máximas de decisión y de acción práctica". Así se expresa CALVO GARCÍA ("La nueva hermenéutica jurídica", en *Fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Ed. Tecnos, 1994, pp.172 y 173) parafraseando al propio BETTI, y poniendo al tiempo de relieve la riqueza y la dinamicidad que el término "entender" posee en la teoría interpretativa del profesor italiano.

⁹⁰⁷RAMS ALBESA, J., "La interpretación del contrato", en LACRUZ, J.L. y otros, *Elementos...*, 3ªed., op.cit., 1994, T.II, vol.1º, p.522.

⁹⁰⁸STS 15 de diciembre de 1992 (A.10494).

⁹⁰⁹En este sentido, DE CASTRO (*El negocio jurídico*, op.cit., p.77) señala como función de la interpretación en sentido estricto la *función declarativa*: "descubrir, traducir o explicar lo querido con la declaración". Las otras dos funciones de la interpretación, la *complementaria* y la *reconstructiva*, son excepcionales y "suponen salir del ámbito estricto de la interpretación y pasar al de la conjetura". No obstante, una y otra serán estudiadas en el último capítulo al tratar la integración contractual.

inadmisible; y, por otro, a un aumento preocupante de la inseguridad jurídica de un dominio, como el de los contratos, en el que la previsibilidad y la calculabilidad del Derecho constituyen piezas clave"⁹¹⁰.

A pesar de la rotundidad y certeza de las palabras transcritas, la escisión terminante entre interpretación contractual y control judicial o control de contenido puede resultar ingenua por la inevitabilidad de la relación que media entre ambas operaciones. No podemos olvidar que la jurisprudencia anterior a la LCU utilizó la regla *contra proferentem* como un instrumento de control de contenido de los contratos de adhesión⁹¹¹, solución acogida favorablemente dada la escasez de recursos -legales- para frenar el poder del predisponente y proteger al tiempo al adherente. Tampoco podemos, a nuestro juicio, negar que, desde el momento en que, por ejemplo, se le permite al intérprete la elección entre distintos sentidos de una cláusula o contrato -art.1284 C.c.- o la exclusión de cláusulas cuando éstas no sean fieles a la naturaleza y objeto del contrato -art.1286 C.c.- o corregir la que perjudica gravemente al que no la ha redactado -art.1288 C.c.-, exista, cuando menos, una sutil inspección del contenido contractual, en manos del juez.

No abogamos, sin embargo, por la bondad del acercamiento, en la práctica, entre interpretación contractual y control de contenido⁹¹². Hablamos sólo de inevitabilidad⁹¹³.

⁹¹⁰ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit., p.291.

⁹¹¹Sobre esta tendencia de la jurisprudencia, vid. GARCÍA AMIGO, M., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.198 -quien cita la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1957 (A...) en la que el Alto Tribunal reconocía, para los contratos de adhesión, "un *poder de revisión* al juez para modificar el contrato en la parte injusta [...] que tiene amparo en nuestro Derecho positivo en la regla especial de interpretación consagrada en el artículo 1288 C.c.-"; CLAVERÍA GONSÁLVIZ, L.H., "El control de las condiciones generales de los contratos", op.cit., p.1014.

⁹¹²Así parece opinar VATTIER FUENZALIDA ("Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión", op.cit., p.1540) quien, al comentar los mecanismos de control de estas condiciones plasmados en la Directiva de 1993, califica expresamente de "saludable error dogmático" el habilitar a los jueces para revisar lo pactado por las partes mediante el mecanismo de la interpretación *contra stipulatorem*. Sin posicionarse en torno a la pertinencia o no de la cuestión, son muchos los autores que, sobre todo en la interpretación de condiciones generales de contratación, incluyen mecánicamente en el control judicial del contrato la interpretación del mismo -y más concretamente la aplicación de la regla *contra proferentem*-. Así, GONDRA, J.M., "Condiciones generales de la contratación y

Al margen de la interpretación contractual en sentido estricto, pero incluida en un concepto laxo de interpretación, se sitúa la denominada *calificación jurídica*, operación lógica que implica "verificar y en qué medida si el supuesto de hecho concreto corresponde al tipo legal en el que se subsume y de encontrar en él los rasgos relevantes para su tratamiento jurídico"⁹¹⁴. Así, en un orden lógico, una vez interpretada la cláusula y clarificado su sentido, se procede "al encuadramiento de la categoría [de la cláusula, en este caso] en el esquema legal correspondiente"⁹¹⁵.

Presupone la calificación jurídica la previa comprensión de la relación contractual y del contenido del pacto para subsumirlo después en la categoría normativa correspondiente; esto es, "para discernir cuál sea el acervo de reglas legales subsidiarias al que se somete el negocio, que también servirá, en su caso, para suplir las omisiones de las partes"⁹¹⁶. Sin embargo, en la subsunción, el agente debe prescindir de la propia calificación de las partes y, como ha declarado en múltiples ocasiones el Tribunal Supremo, aquella operación "ha de descansar en el contenido obligacional convenido abstracción hecha de la denominación que las partes le asignen"⁹¹⁷.

protección de la parte más débil en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional", en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, Ed. Civitas, 1978, p.242 (habla, este autor de "control judicial indirecto por vía de la interpretación de la voluntad contractual"); CLAVERÍA GONSÁLVEZ, L.H., "El control de las condiciones generales de contratación", op.cit., p.1013; O'CALLAGHAN, X., y PÉREZ ANDRADE, A., *Introducción al Derecho civil...*, op.cit., p.966.

⁹¹³En términos similares, LÓPEZ SÁNCHEZ ("Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español", op.cit., p.639, nota 86) señala que: "No puede negarse, sin embargo, que por esta vía [regla *contra proferentem*] pueden alcanzarse prácticamente resultados muy próximos a los de un verdadero control".

⁹¹⁴BETTI, E., *Interpretación de la Ley y...*, op.cit., p.102.

⁹¹⁵GALGANO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.436.

⁹¹⁶RAMS ALBESA, J., "La interpretación del contrato", op.cit., p.522.

⁹¹⁷STS 28 de mayo de 1990. Al respecto son recurrentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo las siguientes afirmaciones: "los contratos son lo que son y no lo que digan las partes contratantes, indicando con ello que tienen una realidad y consiguiente alcance jurídico, tal como existen de hecho al margen de las calificaciones que los intervinientes les hayan atribuido o quieran atribuirles después" (STS 24 de marzo de 1972, 20 de junio de 1977 y 30 de diciembre de 1985,

Al constituir la calificación jurídica "un juicio de adecuación del negocio -de la cláusula, en este supuesto- a categorías establecidas *a priori* por las normas"⁹¹⁸, el intérprete debe operar desde un óptica normativa⁹¹⁹. Es decir, se debe adecuar lo estipulado en el contrato a los tipos contractuales existentes en nuestro Derecho, en aras de dotar, en una fase posterior, de los efectos, también típicos, a dicha relación contractual.

Ligada tradicionalmente a la problemática de los contratos atípicos, la calificación jurídica es especialmente relevante en lo que atañe a las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Hemos subrayado en repetidas ocasiones la generalidad y volubilidad que caracteriza a estas figuras contractuales. Tales particularidades unidas al hecho de que partimos de un concepto amplio cláusulas restrictivas -que comprende no sólo las que inicialmente tengan por objeto limitar la responsabilidad sino también las que posean efectos limitadores- determinan que la calificación jurídica de la cláusula como restrictiva de responsabilidad y no como otra cosa actúe de forma complementaria para llegar a una coherencia integral en el tratamiento de las cláusulas.

Sin embargo, el problema de la calificación jurídica de las cláusulas restrictivas surge en el momento en que se comprueba que tales figuras no son, *stricto sensu*, categorías normativas perfectamente definidas. Si su mención normativa -LCU, LTM, etc.- es indiscutible, no lo es tanto su delimitación o conceptualización normativa -no encontramos un precepto que defina lo que se ha de entender por una cláusula limitativa o exoneratoria de

entre otras); "la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de las declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denominación que hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determine su calificación" (STS 3 de mayo de 1993 -A.3400-; STS 30 de septiembre de 1991 -A.6074-); "la calificación que las partes contratantes atribuyen a sus relaciones negociales no es determinante ni configura por sí y menos de modo imperativo su específica y propia naturaleza contractual" (STS 24 de julio de 1993 -A.6479-); "los contratos han de ser calificados conforme a las obligaciones que en ellos se establecen sin sujetarse a las desviaciones ideológicas subjetivas y casi siempre parciales" (STS 25 de febrero de 1994 -A.1196-).

⁹¹⁸LÓPEZ y LÓPEZ, A., "Comentarios a los artículos 1281 a 1289", op.cit., p.5.

⁹¹⁹Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Comentarios a los arts.1281 a 1289", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op.cit., p.5.

responsabilidad-, que ha sido obra de la doctrina y jurisprudencia.

No obstante, ello no impide la operación de calificación a la que nos referimos: el agente, ante la inexistencia de ese concepto normativo, debe calificar la cláusula tomando como guía una noción jurídica. En aras de facilitar esta tarea nosotros nos remitimos al concepto propuesto en este trabajo. Serán así cláusulas restrictivas de responsabilidad aquellos pactos entre deudor y acreedor cuyo objeto o efecto sea el de excluir total o parcialmente la responsabilidad contractual (teniendo en cuenta la variada tipología que existe en torno a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad).

La calificación jurídica de las cláusulas objeto de estudio encierra toda una problemática que surge en la práctica y que se plantea la jurisprudencia. Las inconcreciones, a veces intencionadas, en la redacción de las mismas introducen dudas razonables a la hora de proceder a su definición. Para ilustrar nuestras palabras, se analizarán dos ejemplos⁹²⁰.

El primero de ellos se refiere a las polémicas cláusulas contractuales que suelen aparecer en los contratos de garaje o parking: "*Este garaje no se hace responsable de los daños en los vehículos*". Esta declaración firmada por el garajista pudiera dar lugar a dos calificaciones jurídicas diferentes, a saber, cláusula de delimitación del objeto del contrato y cláusula de exoneración de responsabilidad. Con la primera se estaría delimitando el objeto del contrato, excluyendo la obligación de custodia del vehículo del núcleo prestacional; con la segunda, sin introducir cambio alguno en las obligaciones asumidas, descartaría su responsabilidad en el supuesto de daños en los vehículos custodiados.

La diversa calificación jurídica origina importantes efectos, porque, como ya estudiamos al tratar las cláusulas de delimitación del objeto del contrato, las partes gozan en

⁹²⁰Otra hipótesis que pone de relieve la importancia de esta operación es la calificación jurídica de las cláusulas de limitación de la garantía por los vicios de la cosa. En Italia, la consideración de estas cláusulas como cláusulas limitativas de la responsabilidad permitiría su configuración como onerosas gracias al expediente del artículo 1341,2 del Código civil. En este sentido, vid. STRANIERI, C., "Osservazioni sulla configurabilità delle clausole limitative della garanzia per vizi come clausole onerose", *Giustizia Civile*, 1994-I, p.3292.

la estipulación de éstas de una mayor autonomía, mientras que las cláusulas de exoneración serían nulas al aplicarles el artículo 10.1.c)6º de la LCU. La jurisprudencia, de forma casi unánime⁹²¹, ha calificado las mencionadas cláusulas como exonerativas de responsabilidad, declarando, al tiempo, su contradicción con las normas de la Ley de consumidores.

El segundo ejemplo nos acerca a ciertas prácticas contractuales del Derecho marítimo. Nos referimos a las cláusulas "*ignoro peso y contenido, calidad y estado de la mercancía y no respondo de roturas ni derrames*", generalmente consignadas por el Capitán en los conocimientos de embarque. El Tribunal Supremo, ya desde mediados de siglo, ha rechazado, en cambio, su calificación jurídica como cláusulas exoneratorias de responsabilidad: tales cláusulas "no son en modo alguno exoneratorias de la responsabilidad del porteador, pues contra su contenido cabe la prueba en todo caso, ya se trate de dolo, negligencia o falta en el cumplimiento de los deberes que al porteador incumben de su parte, bien de modo directo o subsidiario en el contrato de transporte marítimo [...] sino que son sencillamente la consignación de un hecho que no tiene otra virtualidad jurídica respecto al contrato en que se inserta que invertir la carga de la prueba, toda vez que al no aceptar el capitán la declaración de peso, calidad y contenido de los objetos transportados, hecha unilateralmente por el cargador, obliga a éste a probar de manera fehaciente, para tener eficacia en su acción, que era cierta la declaración referente a los mismos consignada en dicho conocimiento de embarque"⁹²².

La configuración jurídica de estas cláusulas como inversiones de la carga de la prueba -a pesar de la literalidad de la cláusula "*no respondo de roturas ni derrames*"-, no sólo lleva aparejada la no concesión de efectos exoneradores ante el incumplimiento del porteador, sino la permisividad de tales declaraciones en los conocimientos de embarque, pues si se

⁹²¹Entre otras, vid. SAP de Barcelona de 24 de enero de 1991; SAP de Cádiz de 29 de mayo de 1992; SAP de Valencia de 30 de septiembre de 1993; SAP de Castellón de 21 de mayo de 1994; SAP de Barcelona de 13 de junio de 1994; y las citadas al analizar las cláusulas delimitadoras del contenido del contrato en el capítulo 1º de la parte I.

⁹²²STS 10 de diciembre de 1949, Rep. Jurisp. 1652, CDO.1º. Además, vid. STS 14 de diciembre de 1949 (A.1478); STS 31 de marzo de 1955 (A.1540); STS 22 de octubre de 1957 (A.3389); STS 15 de diciembre de 1990 (A.10072) y SAP de Sevilla de 19 de abril de 1993.

calificasen como cláusulas exoneratorias de responsabilidad, habría que decretar su nulidad de acuerdo con el artículo 10 de la LTM.

3. LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS INSERTAS EN CONTRATOS NEGOCIADOS

La interpretación de una cláusula restrictiva de responsabilidad incorporada a un contrato negociado ha de efectuarse de acuerdo con las reglas interpretativas previstas en el Código civil. De esta forma, los artículos 1281 y siguientes se convierten en las principales⁹²³ referencias para el operador jurídico en orden a proceder al entendimiento y comprensión de la cláusula.

3.1 El fin de la interpretación contractual: la averiguación de la voluntad de las partes

Como ya pusimos de manifiesto al acercarnos al significado de la interpretación contractual, el intérprete ha de perseguir un objetivo con la tarea interpretativa cual es la averiguación de la voluntad o intención de las partes contractuales. De esta forma, en lógica congruencia con la teoría subjetiva del negocio jurídico que le inspira, el Código civil en materia de interpretación del contrato asigna a la tarea hermenéutica la finalidad de hallar "la realidad de lo querido"⁹²⁴.

Que el fin del intérprete ha de ser la averiguación de la voluntad de las partes es un hecho que queda patente a lo largo de los artículos 1281 y siguientes del Código civil. Los

⁹²³A nuestro parecer, las reglas del Código civil son las principales herramientas del intérprete, pero no podemos considerarlas como únicas o exclusivas, ya que proponemos para la interpretación de las cláusulas de irresponsabilidad la técnica de la interpretación estricta o restrictiva, que se estudiará en el número 4 de este Capítulo. Asimismo no podemos olvidarnos de la buena fe como recurso interpretativo, a la que también aludiremos, y que tampoco se encuentra entre las reglas del capítulo del Código civil dedicado a la interpretación de los contratos.

⁹²⁴DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.77.

arts.1281 y 1282 declaran la supremacía de la intención de los contratantes sobre las declaraciones efectuadas; el art.1283 incide en la misma idea al subordinar la interpretación de los términos generales a aquello que *"los interesados se propusieron al contratar"*; y el art.1289 revela con nitidez que el fin del intérprete ha de ser hallar la intención de los contratantes al permitir la nulidad del contrato en caso de que *"no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes"*.

Así las cosas, la interpretación del contrato es esencialmente interpretación de la voluntad. Por esta razón, el intérprete no puede verse constreñido por las declaraciones o por las palabras sino que su objetivo ha de ser la intención, que prevalece precisamente porque es el fin de la interpretación: *"Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas"* (art.1282).

El principio espiritualista o voluntarista preside, por consiguiente, la actividad de hermenéutica negocial, representando el predominio de la voluntad de las partes sobre la literalidad de lo afirmado y la superación, como explica DE CASTRO⁹²⁵, del atávico formalismo romano que vino a ser sustituido, ya tiempos del Ordenamiento de Alcalá, por una línea predominantemente voluntarista que pervive hasta hoy.

Siendo la voluntad de las partes el fin de la interpretación, surgen dos interrogantes: ¿qué hemos de entender por la voluntad o intención de las partes? Y, ¿de qué medios disponemos para su averiguación?

Con respecto a la primera cuestión, hay que señalar que *"la intención que el intérprete va a desvelar [la intención relevante jurídicamente] es la que resulta de unas manifestaciones comunes de los contratantes"*⁹²⁶. Se impone al intérprete la búsqueda de *"la voluntad bilateral o común de las partes, quedando excluida como regla general la mera voluntad*

⁹²⁵DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.82.

⁹²⁶RAMS ALBESA, J., *"La interpretación del contrato"*, op.cit., p.525.

interna de cualquiera de ellas o de las dos"⁹²⁷. De esta forma, en nuestro caso, no se podrá considerar como elemento de juicio el hecho de que una parte no haya querido -porque no le convenía- someterse a una cláusula de irresponsabilidad y pese a todo la haya aceptado (siempre que no haya mediado vicio de consentimiento).

El segundo interrogante (cómo se averigua la voluntad o intención común) nos conduce al estudio de los medios interpretativos, a las reglas que el Código civil pone a disposición del intérprete para llevar a cabo la exégesis del contrato. Entre ellos destacan, como medios para la búsqueda de la voluntad, la interpretación literal de las palabras (art.1281 C.c.), también la regla del art.1283 C.c. y, por supuesto, la interpretación de los actos o el comportamiento de las partes (art.1282 C.c.).

Debido a que estas reglas son medios para adivinar la voluntad de los contratantes, han sido calificadas como reglas de interpretación subjetiva.

Pero, al lado de estos cánones, el Código civil añade otros, los de los artículos 1284, 1285, 1287, 1288, que, por contraposición son denominados medios de interpretación objetiva. Y ello porque su finalidad no es tanto la averiguación de lo realmente querido por los contratantes cuanto la reconstrucción de una voluntad difícilmente aprehensible. Constituyen reglas "para suplir lagunas de la declaración de voluntad, corregirla para darle eficacia y hasta imponerle un significado distinto del que parece querido cuando así lo exige el principio de la voluntad negocial"⁹²⁸.

No obstante, la existencia de reglas de carácter objetivo, cuyo fundamento es la lógica o la prudencia o ciertos principios como el de la conservación del negocio, no empece a que se siga hablando de la voluntad de las partes como la finalidad de la interpretación del contrato. Lo que acontece es que ante la imposibilidad de averiguar la intención de los contratantes, de acuerdo con los medios de interpretación subjetiva, y en aras de conservar

⁹²⁷STS 9 de junio de 1994 (A.6724).

⁹²⁸DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.88.

el negocio jurídico y concederle eficacia siempre que sea posible, el Código civil permite que el intérprete reconstruya esa voluntad oculta o de difícil averiguación. Precisamente por ello, además, tanto la doctrina mayoritaria como el Tribunal Supremo, consideran que "el intérprete ha de agotar los medios que le ofrece la interpretación subjetiva antes de utilizar los recursos que le pueda ofrecer eventualmente la interpretación objetiva"⁹²⁹.

Desde esta perspectiva introductoria, procederemos al análisis de los medios de interpretación subjetiva y objetiva. No obstante, centraremos nuestra atención en aquéllos que, ya por su común utilidad ya por su especial aplicación en lo que atañe a las cláusulas restrictivas, consideramos más relevantes para la interpretación de los pactos de irresponsabilidad.

3.2. Los medios de interpretación subjetiva

a) La interpretación literal: el artículo 1281 C.c.

La formulación literal de la cláusula representa la primera referencia del intérprete, tal y como pone de relieve el artículo 1281.1 del Código civil: "*Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas*".

Una primera lectura del precepto transcrito puede llevarnos a la conclusión, avalada por una interpretación a su vez gramatical de la norma, de que si el contrato es aparentemente claro el intérprete debe prescindir y desentenderse de otros datos y concentrarse en la literalidad de las palabras.

No obstante, este primer acercamiento resulta inexacto, y ello por dos razones fundamentales. Por un lado, la efectiva constatación de que los términos de un contrato "*son*

⁹²⁹LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Comentario a los art.1281 y ss.", op.cit., p.24. En el mismo sentido, entre otros, RAMS ALBESA, J., "La interpretación del contrato", op.cit., p., y DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.88.

claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes" presupone una previa indagación acerca de cuál es la intención de los contratantes y de su adecuación con lo expresado en el contrato, por lo que la interpretación literal no parece admitirse en la norma en su sentido estricto. Por otro lado, la admisión *a priori* y sin límites de la premisa enunciada chocaría con el principio espiritualista que preside la interpretación y que eleva la búsqueda de la voluntad real de los contratantes a la propia finalidad de dicha interpretación.

Estas razones han determinado que se hable de cierta flexibilización en la regla del párrafo primero del artículo 1281, calificándose como "falsa en términos absolutos"⁹³⁰, y que se entienda, esta máxima, "no como una exclusión de la interpretación en los casos de claridad, sino como presunción en favor del sentido literal"⁹³¹.

Y es que, como explica BETTI, lo que cuenta en la interpretación "no es el sentido literal de las palabras o la materialidad del significado, sino la situación objetiva en que aquéllas vienen pronunciadas o suscritas, es decir, el contexto o complejo de circunstancias en las que tal declaración o comportamiento se encuadran en su natural marco, asumiendo, de acuerdo con la conciencia social, su típico significado y relieve"⁹³². La interpretación literal de las declaraciones ha de entenderse integrada en el propio objetivo de la interpretación contractual y ha de servir a su finalidad, que es la indagación de la voluntad contractual y no el entendimiento de los términos en que se ha redactado el negocio. No se trata de una regla autónoma o absoluta de interpretación sino relativa, desde el momento en que se ha de comparar y medir en términos de voluntad de las partes contratantes⁹³³.

⁹³⁰JORDANO BAREA, J.B., "Comentario a los artículos 1281 a 1289", op.cit., p.510; "La interpretación de los contratos", en AA.VV., *Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, Madrid, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1988, T.I, p.320.

⁹³¹DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.374.

⁹³²BETTI, E., *La interpretación de las leyes...*, op.cit., p.347.

⁹³³Como señala la STS 9 de octubre de 1993 (A.8174), "la interpretación gramatical siempre presupone la interpretación, pues al afirmar que una cláusula es clara implica una valoración de las palabras y de la congruencia que guardan con la voluntad".

Sin embargo, tampoco sería exacto considerar postergada la interpretación literal en los contratos. Al contrario, la jurisprudencia la ha calificado como regla de "absoluta preferencia"⁹³⁴ y ha reiterado que "el intérprete ha de atenerse al sentido literal de lo manifestado, siempre que el texto se ofrezca con la claridad que el referido artículo 1281 exige"⁹³⁵. Se trataría de hacer prevalecer "la voluntad declarada sobre la interna, la interpretación literal sobre la voluntad encubierta de las partes"⁹³⁶, pero sólo cuando no existan dudas entre la literalidad y la intención de las partes, o lo que es lo mismo, sólo en el caso en que los términos de un contrato sean claros⁹³⁷. En este supuesto, la interpretación literal sería suficiente para determinar el contenido y efectos contractuales⁹³⁸ pero porque se entendería o presumiría que en esa declaración, en las palabras del contrato, reposaría la verdadera voluntad de las partes.

La interpretación literal, así concebida, se traduce en un medio de gran ayuda en la interpretación de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil, desde el momento en que se constata que éstas encuentran una fórmula ciertamente ortodoxa y común en expresiones tales como "exoneración de responsabilidad" o "limitación de la responsabilidad", etc.

Aunque la claridad expositiva no sea en términos generales cualidad definitoria de la redacción de las cláusulas restrictivas, lo cierto es que la práctica contractual ha impuesto la utilización de ciertos patrones o expresiones comunes en orden a la limitación convencional de responsabilidad, dando lugar a las denominadas "cláusulas de estilo". La presencia de estas cláusulas, que resulta en gran medida favorecida por la técnica de las condiciones

⁹³⁴STS 29 de septiembre de 1991.

⁹³⁵STS 3 de julio de 1991. En el mismo sentido, STS 11 de marzo de 1987 y 22 de junio de 1984.

⁹³⁶STS 25 de mayo de 1993 (A.3736) y STS 27 de marzo de 1984 (A.1439).

⁹³⁷La exigencia de que los términos sean claros y no entrañen incertidumbre al intérprete, se cumple, a juicio de algún pronunciamiento del Tribunal Supremo (STS 24 de mayo de 1989), cuando "la oración gramatical tiene sentido".

⁹³⁸Cfr. STS 17 de febrero de 1990.

generales, es muy notoria en los sectores contractuales más estandarizados -contratación bancaria, de seguros y transporte, fundamentalmente- con especial referencia a ciertas cláusulas (cláusulas de sumisión a fuero determinado, limitaciones cuantitativas de la indemnización, reducción de plazos para reclamar, entre otras), pero también se hace patente en la contratación negociada.

En este sentido, cuando el intérprete topa con una declaración como: "*Con renuncia a cualquier otro fuero, las partes se someten a los órganos jurisdiccionales de la sede de la Oficina en que haya sido abierta la cuenta*"⁹³⁹, el sentido literal, por nítido y altamente expresivo, cobra la máxima importancia en la tarea interpretativa, convirtiendo casi en prescindible el recurso a otros cánones hermenéuticos (con las matizaciones que luego se efectuarán).

Otra cosa acontece con fórmulas exoneratorias como la habitual "*no se responde*", cuya indeterminación -no alude, entre otros extremos, al grado de irresponsabilidad, ni a los hechos constitutivos de la misma, ni al título- obliga a tener en cuenta otros datos para comprender su íntegro sentido: la interpretación literal no es suficiente para delimitar las condiciones de la irresponsabilidad del deudor.

b) El comportamiento de las partes (art.1282 C.c.)

El artículo 1282 C.c., al final, prescribe: "*Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato*". De esta forma, el comportamiento de las partes en la fase contractual y postcontractual resultará determinante en aras de comprender cuál fue la voluntad común de las partes y cuál ha de ser el verdadero sentido de la cláusula restrictiva de responsabilidad.

La exclusión en la norma de los actos previos a la perfección del contrato no puede considerarse determinante para descartarlos como elementos interpretativos (el adverbio

⁹³⁹Cláusula correspondiente a un contrato de apertura de cuenta corriente en una entidad bancaria.

principalmente puede justificar su inclusión⁹⁴⁰). Así lo ha entendido el Tribunal Supremo que ha utilizado los actos anteriores como importantes instrumentos hermenéuticos en numerosas sentencias, señalando que "tan fundamentales para la interpretación son los actos coetáneos y posteriores al contrato, como los anteriores que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes"⁹⁴¹.

Por consiguiente, tanto los actos posteriores como los anteriores al contrato, e incluso los actos unilaterales de cualquiera de los contratantes⁹⁴², constituyen elementos de juicio imprescindibles para indagar cuál es la voluntad de las partes. El negocio jurídico ha de interpretarse como un todo unitario y no sólo desde la perspectiva documental (considerando que las cláusulas del contrato han de entenderse en la totalidad del mismo, máxima de aplicación *ex art.1285*) sino también desde una óptica temporal, contemplando el negocio como una unidad integrado por partes singulares, preliminares y conclusivas, que no debe escindirse⁹⁴³. No cabe sostener, entonces, "una brusca separación del precepto contractual en su proceso de formación, ni de la totalidad espiritual en que aquél se encuadra como expresión de la autonomía privada"⁹⁴⁴.

⁹⁴⁰Cfr. CASTÁN, J., *Derecho civil...*, op.cit., T.III, p.692; RAMS ALBESA, J., "La interpretación del contrato", op.cit., p.526.

⁹⁴¹STS 30 de junio de 1994 (A.5333). En el mismo sentido, vid. STS 30 de marzo de 1974 (A.1208) y STS 12 de noviembre de 1984 (A. 5548).

⁹⁴²Como ya señalamos, en palabras de la STS 9 de junio de 1994 (A.6724), es cierto que "la operación de interpretación de un contrato ha de atender e indagar la voluntad bilateral o común de las partes, quedando excluida la voluntad interna de cualquiera de ellas [...], pero en la fijación de tal voluntad común podrán tener gran importancia y ser relevantes los actos unilaterales de cualquiera de ellas, siempre que la parte contra quien se esgrime esta norma interpretativa haya tenido o debido tener oportuno conocimiento de ello".

⁹⁴³Cfr. BETTI, E., *La interpretación de las leyes...*, op.cit., p.348. Sin embargo, el autor justifica una neta separación entre la declaración conclusiva y la preliminar en dos casos: a) "cuando la Ley prescriba una forma documental, en cuyo caso han de ser eliminados los pactos que no responden a tal requisito" y b) "cuando por acuerdo de las partes la declaración conclusiva redactada en un documento va destinada a absorber todas las negociaciones precedentes" (BETTI, E., *ibidem*, p.348).

⁹⁴⁴BETTI, E., *La interpretación de las leyes...*, op.cit., p.349.

Desde esta perspectiva, resultan de notoria relevancia, como actos anteriores a la fase conclusiva del contrato, los denominados tratos preliminares y la actividad publicitaria -del producto o servicio-, acto, este último, de carácter unilateral pero de gran repercusión en la formación del consentimiento de la contraparte. En este sentido, es práctica común la oferta de condiciones de responsabilidad en la publicidad de un producto, vgr. aumento de los plazos de garantía en los aparatos electrodomésticos, que posteriormente no son contempladas en el contrato particular. Esta actitud del oferente, cuando no sea indicio de incumplimiento contractual por carecer de la entidad requerida⁹⁴⁵ ni pueda ser calificada de publicidad engañosa⁹⁴⁶, en los términos del art.8 LCU, puede constituir, a nuestro juicio, un elemento a considerar en la interpretación de la cláusula de garantía de ese contrato (en tanto que introduciría una duda acerca de cuál ha sido la verdadera intención común de las partes que probablemente relativizaría la declaración literal de la misma).

⁹⁴⁵Para que en incumplimiento de las condiciones de un producto pueda ser calificado de incumplimiento contractual se requiere que tales condiciones publicitarias se integren dentro del contenido contractual, esto es, que se considere la publicidad como verdadera oferta contractual. Tal consideración no es unánime entre la doctrina y jurisprudencia a pesar de la formulación del artículo 8 de la LCU que indica que "*Su contenido [el de la promoción, oferta y publicidad], las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido*". En este sentido, PASQUAU LIANO ("Comentario al art.8", en AA.VV., *Comentarios a la L.G.D.C.U.*, op.cit., p.156) se muestra ciertamente desconfiado de la virtualidad de la publicidad como oferta debido a que es muy difícil que en aquella se den los requisitos exigidos para la oferta contractual. Además "hacer depender la relevancia negocial de la publicidad de su condición de oferta [...] limitaría excesivamente su ámbito de operatividad". En sentido contrario se manifiesta TORRES LANA ("La integración de la publicidad en la oferta contractual turística", en AA.VV., *Turismo y Defensa del consumidor*, op.cit., p.78) al señalar que "la exigibilidad del contenido de la publicidad expresa, lisa y llanamente, su condición de oferta contractual, vinculante para el oferente al ser aceptada por el destinatario [...] La diferencia entre oferta y publicidad no tiene más trascendencia que la de acoger la tradicional y modesto sentido comercial del término oferta para delimitar otro, el de publicidad, de mucho mayor alcance". En este sentido se ha pronunciado la reciente STS de 14 de noviembre de 1996 (A.8260), en la que se califica la actividad publicitaria de "clara oferta", debiendo por lo tanto integrar el contenido del contrato.

⁹⁴⁶En numerosas ocasiones, las exageraciones -publicidad hiperbólica- o falsedades que acompañan a la publicidad de un producto determinado son muy difíciles de controlar y el no cumplimiento de las condiciones anunciadas por quien las ofrece resulta asimismo difícil de sancionar. El artículo 8 de la LCU prohíbe la denominada "publicidad engañosa", haciéndola perseguible y sancionable. Pero, el engaño derivado de la publicidad ha de ser de cierta entidad porque, como acertadamente ha señalado PASQUAU LIANO ("Comentario al art.8", op.cit., p.146), "puede decirse que o hay un margen de "engaño" permitido o se está prohibiendo toda forma de publicidad".

3.3. Los medios de interpretación objetiva

a) El artículo 1284 C.c.

El artículo 1284 prescribe: "*Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto*". Según esta máxima, inspirada en el principio de conservación de los negocios jurídicos, la actividad interpretativa debe tender hacia la eficacia del contrato o la cláusula y, como indica DÍEZ-PICAZO, "entre una significación que conduce a privar al contrato de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última"⁹⁴⁷.

Por consiguiente, ante una eventual disyuntiva entre la eficacia o ineficacia de una cláusula o del contrato en su totalidad, el intérprete debe, a la luz de este precepto, elegir el sentido que produzca efectos. Se pone de manifiesto, entonces, el carácter objetivo del canon interpretativo, que, como ha precisado el Tribunal Supremo, "pretende una interpretación del contrato en vías de alcanzar su eficacia, y lo que intenta evitar, dentro de una interpretación sistemática, son las interpretaciones baldías o ilusorias sin imponer un determinado sentido"⁹⁴⁸. Mas tampoco se debe relegar la intención de las partes, a la hora de decidir acerca de la eficacia o ineficacia, y ello "para evitar una reducción al absurdo del contrato"⁹⁴⁹. Como indica JORDANO BAREA, "no se trata de salvar el contrato a toda costa"⁹⁵⁰.

La regla *ex* artículo 1284 tiene un alcance destacado en la interpretación de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Así, vgr. la cláusula que excluya o exonere al deudor de la responsabilidad en caso de culpa y que haya sido redactada en estos términos

⁹⁴⁷DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.370.

⁹⁴⁸STS 30 de mayo de 1991. En el mismo sentido, vid. STS 2 de febrero de 1952 y 18 de febrero de 1974.

⁹⁴⁹LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Comentario a los artículos 1281 a 1289", op.cit., p.40.

⁹⁵⁰JORDANO BAREA, J.B., "Comentario a los artículos 1281 a 1289", op.cit., p.514.

puede asumir dos sentidos, a saber, otorgarle a la palabra "culpa" el sentido amplio contrapuesto a dolo incluyendo en el concepto la noción de culpa grave y entender que culpa se refiere a culpa leve, excluyendo de su ámbito la culpa *lata*. Si aplicamos la regla del artículo 1284, la segunda interpretación sería preferible porque dotaría a la cláusula de efectos jurídicos de los que carecería si entendemos que abarca también la especie de culpa *lata*. Esta operación, casi inconsciente, es continuamente llevada a cabo por la jurisprudencia ante cláusulas genéricas para no proclamar *a priori* la nulidad del pacto de irresponsabilidad.

b) El elemento sistemático (art.1285 C.c.)

En primer lugar, el que se ha denominado, por afinidad a la interpretación legal, elemento sistemático de la interpretación⁹⁵¹. Nos referimos al canon contenido en el artículo 1285: "*Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse unas por otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*".

Este precepto ordena al intérprete tomar en consideración el contrato en su integridad a la hora de interpretar una cláusula en particular, para captar su sentido, más aún si una de ellas se estima dudosa, en cuyo caso se le atribuirá "*el sentido que resulte del conjunto de todas*"⁹⁵². Como señala el Tribunal Supremo, si la intención contractual, que es el espíritu del contrato, es indivisible, y es además el elemento indiscutible en la interpretación, "ésta no podrá encontrarse en una cláusula aislada de las demás sino en el todo orgánico que

⁹⁵¹Se equipara, de esta forma, el papel del contrato al del ordenamiento jurídico, el cual ha de tenerse en cuenta para la interpretación de las normas. Equiparación que podría tratarse más bien de un símil en tanto en cuanto el contrato no configura estrictamente un sistema (Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Comentario a los arts. 1281 a 1289", op.cit., p.41), sino una "unidad lógica" (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.374) y en base a tal unidad deben interpretarse cada una de sus cláusulas.

⁹⁵²Es clarificadora la STS 11 de abril de 1991: "El artículo 1285 impone una regla de oro para investigar y comprender la intencionalidad volitiva de los contratantes vertida en un contrato, la de la sistemática y coherente ente todo el clausulado del mismo, lo que no significa que las condiciones particulares no tengan cierta preeminencia sobre las generales, pero que éstas al no estar [en el caso de autos] expresamente derogadas por aquéllas, aportan al negocio jurídico una fuente complementaria y hasta si se quiere subsidiaria pero con gran valor interpretativo de esa voluntad que no es dable ignorar ni desconocer".

constituye el contrato"⁹⁵³.

La relevancia del elemento sistemático en la interpretación de las cláusulas restrictivas de responsabilidad ya fue puesta de manifiesto al inicio de este capítulo. Allí señalamos que es frecuente la existencia de antinomias o contradicciones entre las diversas cláusulas de un contrato, originada por la extraordinaria complejidad de las relaciones contractuales actuales. La interpretación sistemática aparece como esencial si no se quiere concluir en errores o en falsas interpretaciones.

Tal necesidad se hace más patente en la interpretación de las cláusulas objeto de estudio. Dada la relevancia y complicación que la propia institución de la responsabilidad civil supone, las condiciones referentes a ella en un contrato, ya negociado ya de adhesión, se suelen repartir en varias cláusulas alusivas a distintas hipótesis generadoras de responsabilidad para las partes, cláusulas que es preciso coordinar si se pretende conocer cuál es el régimen convencional pactado por los contratantes⁹⁵⁴.

c) El elemento finalista o teleológico (el artículo 1286 C.c.)

Cuando el Código civil señala, "con extraordinaria modestia"⁹⁵⁵, que *"Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquélla que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato"*, pone de manifiesto la importancia de la propia naturaleza del contrato y de su objeto o finalidad perseguida por los contratantes⁹⁵⁶ como

⁹⁵³STS 21 de febrero de 1991.

⁹⁵⁴Un ejemplo ilustrará el texto: el contrato de transporte de una conocida agencia de transporte urgente, dedica diez cláusulas (de la cláusula 3ª a la 13ª) a la evaluación de las condiciones por las que se regirá la responsabilidad del transportista ante diferentes hipótesis, muchas de las cuales están conectadas, complementándose o contradiciéndose.

⁹⁵⁵LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Comentario a los art.1281 y ss.", op.cit., p.54.

⁹⁵⁶En este sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Comentario al art.1281 y ss.", op.cit., p.54. Abunda en esta idea Díez-Picazo (*Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.379), cuando señala que con "naturaleza", el Código está aludiendo al "tipo genérico al que el contrato concreto pertenece" y con "objeto" a "esa objetiva función económico-social" o "hacer referencia a la concreta razón de ser del

determinante para llevar a cabo una interpretación en uno u otro sentido.

Es así que el intérprete ha de atender a la naturaleza y objeto de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, para elucidar su sentido (y no sólo para entender el significado de sus palabras⁹⁵⁷). Desde esta perspectiva, cobra relevancia el tipo de negocio que se trate de interpretar, que condicionará la interpretación de las declaraciones de las partes. La naturaleza de las cláusulas como negocios jurídicos de exclusión de la ley aplicable será, entonces, uno de los criterios que pueden modular la interpretación, al igual que, a nuestro juicio, el hecho de que la cláusula sea limitativa o exoneratoria, que aun no constituyéndose en naturalezas distintas, sí responden a diversos "*objetos del contrato*" -en un caso, exclusión total de la responsabilidad civil; en el otro caso, limitación parcial de la misma-⁹⁵⁸.

d) El artículo 1287 C.c.

Resulta de gran importancia en la interpretación de algunas de las cláusulas objeto de estudio el recurso al artículo 1287 C.c.: "*El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse*"

contrato, al intento práctico concreto, o a lo que hemos llamado causa concreta".

⁹⁵⁷Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Comentario al art.1281 y ss", op.cit., p.54; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I., p.379: "La búsqueda del sentido más conforme con la naturaleza y con el objeto del contrato es así un perfil interpretativo de alcance general".

⁹⁵⁸Mucha importancia se le concede a esta regla en el ámbito del Common Law para la interpretación de las *exclusion clauses*. Según su objeto, distinta será la interpretación que se haga de ella: según sea limitativa o exoneratoria; afecte sólo a la responsabilidad derivada de contrato o pretenda la exclusión de la responsabilidad derivada del tort. Y ello por el diferente grado de hostilidad que suscitan en el juez. En el caso, por ejemplo, de que la cláusula sea sólo limitativa, dice Lord Fraser of Tullybelton: "En mi opinión estos principios (las estrictas reglas que se aplican a las exclusion clauses) no son aplicables con el mismo rigor debido a que el efecto del contrato sólo es limitador de la responsabilidad. Estas cláusulas también se interpretarán de forma restrictiva y también se leerán contra proferentem, pero no hay razón para que sean interpretadas de acuerdo con los rigurosos estándares que se aplican a las exclusion clauses" (*Mitchell Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd*, 1983, cit. por LEWISON, K., *The interpretation of the contracts*, op.cit., p.278).

En función "complementadora o reconstructora"⁹⁵⁹, la apelación a los usos y costumbres del país -entendida esta fórmula en un sentido amplio- resulta de vital importancia sobre todo⁹⁶⁰ en el ámbito concreto del Derecho marítimo, ámbito estudiado por la especial profusión de cláusulas restrictivas de responsabilidad. Es común que en los conocimientos de embarque aparezcan referencias o existan omisiones que deben, y así lo saben las partes, ser completadas con el contenido de ciertos usos internacionales. En este sentido, la mención en los contratos de transporte, por ejemplo, de las cláusulas FIOS, FOB, "bordo a bordo" o "muelle a muelle" -todas ellas referentes a la responsabilidad del porteador- conduce a la

⁹⁵⁹DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.88.

⁹⁶⁰La jurisprudencia italiana, atendiendo al artículo 1368.1 del *Codice civile* ("*Le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso*"), ha aplicado el criterio de los usos o la práctica general en el contrato de leasing financiero con respecto a la interpretación de las cláusulas exoneratorias de los vicios de la cosa. Así, ha considerado que estas cláusulas, por las que el concedente excluye su responsabilidad por los vicios ocultos que aparezcan en la cosa, son "elemento típico y natural del contrato de leasing", dada su frecuente aparición en la práctica, calificándolas de uso contractual. Precisamente en virtud de tal reconocimiento, la jurisprudencia mayoritaria ha interpretado las ambigüedades y hasta las omisiones en estas convenciones en el sentido de entender incluida -salvo pacto expreso- en la regulación contractual la exclusión de responsabilidad a favor del concedente, consolidando y fomentado este régimen de responsabilidad convencional en los contratos de leasing financiero. En este sentido, vid, entre otras, las sentencias Tribunale di Firenze 19-VII-1980 (For.Pad., 1981, p.349) Tribunale di Perugia 22-I-1988 (*Riv.it. leas.*, 1989-II, p.429); Tribunale di Milano 6-VI-1989 (*Riv.it. leas.*, 1988-II, p.731); Tribunale di Padova 1-VIII-1989 (*Riv.it. leas.*, 1989-II, p.502); Tribunale di Roma 15-III-1991 (N.G.C.C., 1992-I, p.34); Tribunale di Milano 1-VI-1992 (*Riv.it. leas.*, 1993-II, p.511); Tribunale di Prato 12-VI-1992 (*Riv.it. leas.*, 1994-III, p.885). Lógicamente la interpretación de estas cláusulas en este sentido fue precedida de un intenso debate jurisprudencial y doctrinal acerca de la validez y del carácter "*no vessatorio*" de las cláusulas por las que el concedente se irresponsabilizaba de los vicios en la cosa arrendada. La propia naturaleza del contrato de leasing y la circunstancia de que quien elige el bien -que luego resulta viciado- no es el concedente sino el sujeto que recibe la financiación condujeron hacia la posición mayoritaria: la validez y licitud de tales convenciones. Así la sentencia del Tribunal de Roma de 1991, arriba citada, señalaba que "*è chiaro come in un contratto de leasing si inseriscano clausole di esonero da ogni responsabilità a carico del concedente comunque riferite alle condizioni del bene, non rappresentando tali clausole una mera eventualità [...] ma traducendosi addirittura in un elemento caratterizzante dello schema contrattuale del leasing*". Sobre la cuestión, vid. MUNARI, A., "Orientamenti sulle clausole di esonero da responsabilità nel leasing finanziario", *Riv.it. leas.*, 1988-II, p.730 y ss.; PALMA, M. "Le clausole di esonero da responsabilità per vizi del bene nella locazione finanziaria", *Riv.it. leas.*, 1989-II, p.429 y ss.; DI GREGORIO, V., "Le clausole di esonero da responsabilità contrattuale a favore del cpncedente nel contratto de leasing", N.G.C.C., 1992-II, p.36 y ss.; MASTRORILLI, A., "Clausole di esonero da responsabilità per vizi del bene, contrato atípico, condizioni generali di contratto", *Il Quadrimestre*, 1993-3, p.745 y ss.; DE NOVA, G., *Il contratto di leasing con sentenze ed altri materiali*, 3ªed., Milano, Giuffrè Ed., 1995, p.38 y ss.

aplicación de la regla *ex art.1287 C.c.*, para lograr una perfecta comprensión del alcance de tales menciones y a la consiguiente integración contractual con el significado que la cláusula en concreto tiene en los usos marítimos⁹⁶¹.

e) La regla *contra proferentem* (art.1288)

EL artículo 1288 ha consagrado, para todos los contratos, la regla *contra proferentem*: "*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese causado la oscuridad*". Esta regla está basada en el principio de autorresponsabilidad, aceptado como uno de los fundamentadores de la exégesis contractual, que significa que "la parte que es culpable de haber producido una declaración de voluntad equívoca u oscura debe responder de ello al serle imputable (por culpa suya) la ambigüedad o falta de claridad"⁹⁶².

Tanto el propio fundamento como el texto literal de la norma revelan con suficiente nitidez la operatividad de la regla: si la cláusula de irresponsabilidad es oscura, el intérprete no puede beneficiar, con el resultado interpretativo, a quien haya ocasionado tal oscuridad; por lo tanto, si quien ha causado la oscuridad fue el deudor, que pretendía su exoneración total o parcial por el incumplimiento, la interpretación debe tender hacia la mayor responsabilidad de éste, para no beneficiar al causante de la duda.

Para la aplicación de la regla *contra proferentem* o *contra stipulatorem*, se requieren dos presupuestos, enunciados en la norma. En primer lugar, es preciso que la cláusula a interpretar sea oscura; no obstante, este requisito se ha flexibilizado en la práctica jurisprudencial permitiendo la aplicación de la regla en las hipótesis de meras dudas en la

⁹⁶¹Sobre la aplicación del criterio del artículo 1287 en la interpretación de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, sobre todo en el sector del transporte marítimo, vid. especialmente las STS 3 de mayo de 1947 (A.610); STS 16 de diciembre de 1951 (Col.Leg.781); STS 29 enero de 1985 (A.807).

⁹⁶²JORDANO BAREA, J.B., "La interpretación de los contratos", op.cit., p.318.

redacción o, incluso ante la inteligibilidad o dificultad en la comprensión de la cláusula⁹⁶³, y no solamente ante verdaderos supuestos de "oscuridad". En segundo término, se necesita que una de las partes haya ocasionado dicha oscuridad; si bien también se ha considerado que causación de la oscuridad no equivale a redacción de la cláusula sino que se ha admitido cualquier tipo de intervención en ella⁹⁶⁴, incluso la mera sugerencia⁹⁶⁵, actividades éstas que no tienen que ser intencionadas⁹⁶⁶.

La extraordinaria transigencia que han demostrado doctrina y jurisprudencia en la aplicación de la regla *contra proferentem*, mediante una lectura amplia de sus presupuestos, tiene su origen, a nuestro juicio, en la utilidad y razonabilidad de la máxima *ex art. 1288 C.c.* en relación, sobre todo, a las cláusulas onerosas. La regla *contra proferentem* impide, en última instancia, la amplitud o extensión de los efectos de tales pactos, ya que en su interpretación se tratará de favorecer a la parte más débil que generalmente no ha redactado la cláusula.

Pero, a nuestro entender, a través de la flexibilización de los requisitos de la regla - especialmente en lo que respecta a la exigencia de que una de las partes haya ocasionado la oscuridad- se corre el riesgo de la desnaturalización de la misma. No se puede ignorar que el fundamento de la regla *contra proferentem* es el principio de autorresponsabilidad, que como ya vimos, imputa los errores a quien haya sido responsable de ellos. Dede esta

⁹⁶³En este sentido, la STS 8 de abril de 1994 (A.2733) reputó como oscura una cláusula de un contrato de préstamo bancario en la que el cálculo del interés aplicado no resultaba sencilla -"no se podía deducir fácilmente"- debido a la deficiente información ofrecida por el banco al consumidor. Así, la oscuridad, como presupuesto objetivo de la regla se amplía incluso hasta aceptar simplemente las cláusulas complicadas o técnicas.

⁹⁶⁴En este punto, indica A. LÓPEZ ("Comentario a los artículos 1281 a 1289", *op.cit.*, p.53) que se puede estimar cumplido este segundo presupuesto, en aras a la aplicación de la regla *contra proferentem*, con "cualquier intervención que en relación causa-efecto determine la oscuridad".

⁹⁶⁵En este sentido, JORDANO BAREA ("La interpretación de los contratos", *op.cit.*, p.327) habla de "quien dicta o sugiere" la cláusula para referirse a la causación de la oscuridad.

⁹⁶⁶La citada STS 8 de abril de 1994 (A.2733) es clara al respecto: "[...]la falta de claridad en el contrato no se requiere que sea intencional, consciente o buscada de propósito para que el error sea corregido y para que la oscuridad no pueda favorecer a quien la provoca (art.1288 C.c.)".

perspectiva, parece forzado imputar a quien simplemente sugiere una cláusula, sin intención además, las consecuencias de la oscuridad que con su ingenua sugerencia pudiera haber causado. Creemos que la autorresponsabilidad, como fundamento de la regla, requeriría la presencia de un cierto grado, sino de intención, de culpa en la causación de la oscuridad así como la exigencia de una actividad más directa en la aparición de la misma.

Además, la aplicación de la regla *contra stipulatorem* a hipótesis que, a nuestro juicio, no constituyen supuestos de hecho para tal aplicación -según el art.1288-, podría evitarse acudiendo a otros cánones interpretativos que persiguen el resultado o la finalidad que en definitiva se pretende conseguir con esa dilatada aplicación. Nos estamos refiriendo, en concreto, a la técnica de la interpretación restrictiva que proponemos para la exégesis de las cláusulas onerosas en el último epígrafe de este capítulo, al que nos remitimos.

3.4. La frustración de la interpretación: el artículo 1289 C.c.

¿Qué acontecería si las dudas que suscita el contrato son tan graves que no permiten averiguar la voluntad de las partes ni tampoco posibilitan su reconstrucción?

Estamos ante el problema del fracaso o frustración de la interpretación: el intérprete no ha conseguido adivinar la voluntad de los contratantes mediante la aplicación de las reglas subjetivas, pero tampoco ha podido completarla o otorgarle eficacia a través de los medios de interpretación objetiva.

El artículo 1289 C.c. arbitra una solución para estas hipótesis de fracaso interpretativo, en los siguientes términos: "*Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será*

nulo".

En primer término, hay que señalar que el supuesto de hecho de la norma -lo que hemos denominado frustración de la interpretación- está constituido, como ha declarado el Tribunal Supremo, por "situaciones contractuales particularmente dudosas"⁹⁶⁷, por lo que se considera que su aplicación tiene carácter subsidiario: "sólo cuando fuese imposible resolver las dudas por las reglas contenidas en los artículos anteriores al mismo"⁹⁶⁸.

Apreciadas las dudas como absolutamente insalvables, el intérprete ha de proceder a calificar la parte del contrato a la que afectan como accidental o esencial. Si afectasen a circunstancias accidentales, se resolverán en favor de la mayor o menor transmisión de derechos, según sea el negocio gratuito u oneroso, respectivamente. Si afectasen al objeto principal del negocio, podrá decretarse la nulidad del contrato. Con respecto a esta última posibilidad, en tanto que pudiera desembocar en ocasión para efectuar un control de contenido en fase interpretativa, el T.S. la ha calificado como "última regla a aplicar por la solución tan drástica que impone"⁹⁶⁹, indicando además que el contenido del precepto "debe ser objeto de interpretación restrictiva, desprendiéndose de los términos de su formulación que las dudas que determinan su observación deberían ser de tal índole que impidan conocer cuál fue la intención o voluntad de los contratantes"⁹⁷⁰.

⁹⁶⁷STS 12 de julio de 1988. En el mismo sentido, STS 12 de febrero de 1986; STS 21 de enero de 1990.

⁹⁶⁸STS 29 de noviembre de 1989.

⁹⁶⁹STS 19 de julio de 1991.

⁹⁷⁰STS 19 de julio de 1991.

4. LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD EN CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

En la interpretación de las condiciones generales de contratación, cuestión que suscitó en época pretérita cierta polémica doctrinal⁹⁷¹, es de obligada referencia el artículo 10.2 de la LCU, en el que se especifican los cánones hermenéuticos a adoptar ante condiciones generales. Este artículo prescribe:

"Las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas"

Tres criterios son los que se han extraído de la redacción de este precepto: la regla *contra proferentem*, la regla de la prevalencia y la de la condición más beneficiosa⁹⁷², los cuales pueden quedar, sin embargo, reconducidos a dos tal y como expondremos más adelante. La interpretación de las condiciones generales de acuerdo con estas reglas, con la

⁹⁷¹La polémica a la que aludimos es la prolongación de la discusión en torno a la naturaleza de las condiciones generales, ahora en sede interpretativa. Así, quienes defendían su condición de Derecho objetivo recomendaban, en lógica congruencia, que la interpretación de las condiciones generales debía acomodarse a las reglas de interpretación de las normas jurídicas. Por el contrario, quienes sostenían su carácter contractual propugnaban una interpretación acorde con la hermenéutica del contrato, aplicando, así, las reglas contenidas en los artículos 1281 y siguientes del Código civil, aunque con algunas peculiaridades. No obstante, la discusión se centró exclusivamente en el plano doctrinal porque el Tribunal Supremo no dudó de la conveniencia de ajustar la interpretación de las condiciones generales de los contratos a las citadas normas del Código civil, igual que tampoco se había planteado en su día dotar a este fenómeno jurídico de otra naturaleza que no fuera la contractual. En este sentido, vid., por todos, GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, op.cit., p.187 y ss. y URÍA, R., "Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie", *R.D.M.*, 1956-II, p.237 y ss.

⁹⁷²He aquí las tres reglas interpretativas derivadas del artículo 10.2 LCU. Sin embargo, COCA PAYERAS ("Comentario al artículo 10.2", en AA.VV., *Comentarios a la L.G.D.C.U.*, op.cit., p.329) ha definido un cuarto criterio hermenéutico apoyándose en alguna sentencia del T.S. (STS 19 de noviembre de 1985), al que ha denominado "regla de la condición más relevante", que consiste en otorgar preferencia "a la cláusula que mejor define la posición jurídica de las partes y el alcance del contrato, es decir, a la cláusula que ofrece una mayor relevancia respecto del contrato, la que abarca aspectos más sustanciales, jurídicamente hablando". En un sentido similar, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.313.

consiguiente particularidad frente a la interpretación de un contrato negociado, se justifica en la especialidad que implica la contratación en serie y, como consecuencia, por la irrupción del principio de protección del adherente-consumidor, incluso en la fase interpretativa del contrato.

De este modo, adquiere -en la norma citada- un protagonismo casi exclusivo la interpretación objetiva. Tanto la regla *contra proferentem*, como la de la condición más beneficiosa son reglas eminentemente objetivas, que prescinden de la intención común de los contratantes para llegar a conocer el sentido de las condiciones contractuales. Sólo la regla de la prevalencia, si la considerásemos independiente, estaría inspirada en la búsqueda de aquella voluntad común; pero su necesaria subordinación a la regla de la condición más beneficiosa difumina el predominio de la voluntad de los contratantes en la interpretación de las cgc. En definitiva, a la luz del artículo 10.2 LCU el intérprete de condiciones generales de contratación no tendría más elemento que el propio contenido contractual para llevar a cabo su labor.

¿Quiere esto decir que la finalidad de la interpretación de las condiciones generales de contratación no es la búsqueda de la voluntad de las partes?

A nuestro juicio, no. Como bien ha señalado ALFARO, "no debe olvidarse que lo que se interpreta es un contrato y que, por consiguiente, la actividad hermenéutica debe dirigirse a averiguar cuál ha sido la voluntad común de las partes de dicho contrato (art.1281 C.c.)"⁹⁷³. Si esto es así, el intérprete ha de perseguir la búsqueda de la voluntad de las partes, para lo cual ha de valerse de los medios interpretativos que, a estos efectos, regula el Código civil. De esta manera, la aplicación de las reglas de los artículos 1281 y siguientes resultaría un *prius* en el proceso interpretativo de las condiciones generales, de forma que

⁹⁷³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.297.. Por lo tanto, concluye que "todas las circunstancias que individualizan el contrato han de ser tenidas en cuenta en proceso de interpretación". El problema lo resuelve el autor a través de la distinción entre dos órdenes de interpretación: un ámbito de control abstracto, en el cual se incardina la interpretación típica, y un ámbito de control concreto, que sería donde, si existen, tendrían relevancia tales particularidades - actos de las partes, voluntad conjunta...- a los efectos de interpretativos

sólo si tras la aplicación prioritaria de las reglas hermenéuticas del Código civil permaneciesen las dudas de las que habla el artículo 10.2 LCU, el intérprete aplicaría los criterios a los que hace referencia la norma de la ley especial.

Además, la aplicación de los criterios interpretativos del Código civil a la interpretación de las condiciones generales resulta, a nuestro juicio, perfectamente defendible. En primer lugar, por la aplicación supletoria (art.4.3 C.c.) del Derecho común (Código civil) a las materias reguladas por otras leyes (LCU), aplicación recordada por el artículo 1090 C.c., en el supuesto específico del Derecho de obligaciones y contratos. En segundo lugar, porque dicha aplicación no es contraria al espíritu del artículo 10.2 LCU ni olvida la realidad especial de las condiciones generales. Y no es contraria al espíritu de la norma de la LCU, ya que ésta no expone criterios interpretativos contrarios a los contenidos en el Derecho común (la regla *contra proferentem* está asimismo en el art.1288 C.c.), sino que simplemente concreta ciertos módulos para el caso de que permanezcan las dudas, de acuerdo con la específica idiosincrasia de las condiciones generales y dando entrada al principio de protección del consumidor⁹⁷⁴. Y tampoco la interpretación de las condiciones generales de contratación de acuerdo con los artículos del Código civil olvidaría la realidad y especialidades de éstas, porque, de acuerdo con el artículo 1286 C.c., habría que llevarse a cabo de acuerdo con la "*naturaleza y objeto del contrato*", lo cual, como vimos, permitiría tener en cuenta las peculiaridades de las cláusulas en condiciones generales.

4.1. La regla *contra proferentem*

Cuando el artículo 10.2 LCU prescribe que "*las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado [...]*", está sentando la regla *contra proferentem* en la interpretación de condiciones generales. Pese a denunciadas deficiencias

⁹⁷⁴En realidad, la regla de la prevalencia o la de la condición más beneficiosa, o incluso la regla *contra proferentem* no son cánones de averiguación del contenido del contrato, y por ello pudieran no ser reglas hermenéuticas en sentido estricto. Antes bien, su cometido sería decidir, ante la duda irresoluble, qué parte o cláusula del contrato debe prevalecer en virtud de ciertos criterios de política legislativa -en este caso, en virtud del principio de protección del consumidor-.

de técnica legislativa, la norma es nítida al plantear como primer y fundamental recurso hermenéutico la máxima por la cual quien redacta las condiciones no puede favorecerse de la oscuridad que haya creado.

El significado y contenido de la regla ya ha sido analizado al tratar el artículo 1288 del Código civil, por lo que a tal análisis nos remitimos. Sólo nos queda mencionar ciertas especialidades que pudieran plantearse en la aplicación de dicha regla en las cláusulas restrictivas de responsabilidad contenidas en los contratos de adhesión.

En primer término, hemos de comentar las ya anticipadas deficiencias de técnica legislativa de las que adolece la norma. En este sentido, se ha denunciado⁹⁷⁵ la poco afortunada expresión "*de quien las haya redactado*": una interpretación literal de la norma podría conducirnos a excluir al predisponente que aun utilizando las condiciones generales para la contratación en el tráfico jurídico no hubiera sido el redactor de las mismas, caso, por otro lado, nada inusual. Para salvar tal interpretación, se ha considerado como imputable (de la oscuridad) no sólo a quien haya redactado directamente las condiciones generales sino también a quien las utiliza frente al consumidor⁹⁷⁶, solución, por otra parte, congruente con el propósito de la Ley, que trata de beneficiar al adherente frente al predisponente (frente al que se beneficia de las condiciones generales, las haya redactado personalmente o no), y coherente también con la interpretación amplia, a nuestro juicio excesiva, de este mismo extremo que la doctrina y jurisprudencia efectúan del artículo 1288 del Código civil.

En segundo término, si efectuamos una lectura de la norma -del artículo 10 LCU- en su totalidad es posible apreciar cierta contradicción entre la exigencia de "*concreción, claridad y sencillez en la redacción*" que se especifica en el apartado a) del precepto y la aplicación de la regla *contra stipulatorem*, que tiene como presupuesto *sine quae non* la existencia de cláusulas oscuras. La discordancia parece bastante patente: si la claridad en la

⁹⁷⁵COCA PAYERAS, M., "Comentario al art.10.2 LCU", en AA.VV., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores...*, op.cit., p.326; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.320, nota.83;

⁹⁷⁶Por todos, vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.323.

redacción es exigencia en aras a considerar incluida una cláusula en un formulario de condiciones generales (sancionándose su incumplimiento además con la ineficacia), la máxima interpretativa citada resultaría superflua ya que, en sentido estricto, no debería haber cláusulas oscuras en el contrato (éstas habrían devenido ineficaces al no cumplir las exigencias del art.10.1a) LCU).

Sin embargo, el razonamiento anterior peca de una absoluta rigidez y sólo puede ser sustentado, a nuestro juicio, desde una perspectiva de análisis puramente teórica. Y ello por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque no es difícil imaginar que una cláusula que ha traspasado los filtros de claridad, concreción y sencillez -o sea, el control de inclusión-, provoque posteriormente dudas en el concreto contrato en el que se encuentra inserta: por ejemplo, una cláusula clara y perfectamente redactada puede ocasionar oscuridad para el intérprete a la luz de la globalidad del contrato. En segundo lugar, y quizás sea ésta una razón más pragmática -o tal vez una forma de avenir ambas previsiones legales-, porque el control de inclusión es un control de mínimos que intenta actuar como un filtro que impida la convalidación -y que declare ineficaces- de cláusulas irrespetuosas con unas mínimas exigencias de claridad en su redacción⁹⁷⁷. Así, "se reservaría la no inclusión y la consiguiente ineficacia para los casos más graves de claridad y se aplicaría la regla *contra proferentem* a los demás supuestos de cláusulas dudosas"⁹⁷⁸.

4.2. La regla de la prevalencia de la condición particular más beneficiosa

Teniendo como presupuesto la contradicción entre dos condiciones, una general y otra particular, la regla de la prevalencia de la condición particular más beneficiosa, como señala el art.10.2 LCU, ordena al intérprete otorgar preferencia a la cláusula particular en perjuicio

⁹⁷⁷Prueba de que la exigencia de claridad en la redacción de las cláusulas y la aplicación de la regla *contra stipulatorem* no resultan incompatibles o redundantes es el desarrollo que el Derecho inglés ha efectuado de ambas cuestiones. Los Tribunales británicos han concedido una importancia extrema a la claridad en la redacción de las condiciones, sin considerarlo enfrentado con la anterior exigencia. Cfr. TREITEL, G.H., *The Law of contract*, op.cit., p.201; LAWSON, R., *Exclusion clauses...*, op.cit., p.29 y ss.; LEWISON, K., *The interpretation of contracts*, op.cit., p.257 y ss.

⁹⁷⁸ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.286.

de la general, siempre y cuando aquélla sea de contenido más favorable para el consumidor.

De esta forma, hemos preferido aunar en una sola máxima dos criterios que han sido considerados independientes -aunque sólo en su denominación-, dada la inevitable subordinación entre ellos tal y como se desprende del propio art.10.2 LCU ("*[...] prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas*"). La denominada regla de la condición más beneficiosa -establecida con mayor autonomía en los artículos 8.2 de la LCU⁹⁷⁹ y 2 de la LCS⁹⁸⁰- representa únicamente una suerte de definición o precisión de la llamada regla de la prevalencia, o, en otras palabras, un "requisito necesario"⁹⁸¹ para su aplicación, de forma que la cláusula general sólo se entenderá preterida por la cláusula particular si ésta es más beneficiosa para el adherente⁹⁸².

Si la regla de la voluntad de las partes se ha enunciado como fundamento de la regla de la prevalencia, en el sentido de que la condición particular es manifestación de una voluntad contractual prácticamente inexistente en el resto del clausulado⁹⁸³, el correctivo de la condición más beneficiosa hace decaer, en línea de principio, este fundamento, o por lo menos lo relativiza. El principio *pro consumatore* prepondera sobre el principio de la

⁹⁷⁹"No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad".

⁹⁸⁰"Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el adherente".

⁹⁸¹ALFARO, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.312. Por su parte, LÓPEZ SÁNCHEZ ("Las condiciones generales...", op.cit., p.641), la considera una "salvedad" del principio de prevalencia.

⁹⁸²Sin embargo, a nuestro juicio, una interpretación extensiva amparada en el principio *pro consumatore* conduce a dotar de cierta autonomía a esta pauta hermenéutica, recomendando su aplicación no sólo en los supuestos de contradicción entre una condición general y una particular -único caso que se plantea en la norma- sino ampliándola a las hipótesis de discordancia entre dos cláusulas particulares o entre dos condiciones generales.

⁹⁸³Cfr. COCA PAYERAS, M., "Comentario al art.10.2", op.cit., p.328.

voluntad, modalizando la operación interpretativa.

Dos son las condiciones para que juegue la regla del art.10.2 *in fine*:

1º Existencia de contradicciones entre una cláusula general y una particular, entendida esta última como aquélla pactada individualmente entre predisponente y adherente para el concreto contrato. No obstante, se ha propuesto una definición negativa que pudiera comprender una realidad mayor: entender por condición particular "todo contenido contractual que excede de la cgc insertas"⁹⁸⁴.

2º Que la cláusula particular sea más beneficiosa para el adherente que la condición general. Para averiguar el mayor beneficio de una cláusula sobre otra, debe, a nuestro juicio, efectuarse una indagación en el supuesto concreto, considerando asimismo la posibilidad de una visión global de todo el contrato. Es decir, ha de ser un beneficio medido en términos generales y desde una perspectiva del caso concreto.

La regla de la prevalencia de la condición particular más beneficiosa resulta de gran importancia. No es extraño que teniendo como base un formulario de condiciones generales las partes contractuales -predisponente y adherente- lleguen a un acuerdo individualizado para modificar o puntualizar algunas de las condiciones generales -entre ellas de las condiciones de responsabilidad-, acuerdo que se formaliza en cláusulas particulares, en ocasiones añadidas al final de los formularios y a veces, incluso, verbales⁹⁸⁵. Si estas modificaciones implican la adición de mejoras en la posición contractual del consumidor prevalecerán sobre las

⁹⁸⁴COCA PAYERAS, M., "Comentario al art.10.2", op.cit., p.327. Desde esta amplia perspectiva se incluye no sólo "los contenidos contractuales predispuestos unilateralmente por una de las partes para el concreto contrato [sino] los contenidos contractuales de creación dual añadidos a las cgc, con tal que -en ambos casos- sean coetáneos o posteriores al acuerdo sobre las cgc".

⁹⁸⁵DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.386) advierte del problema de la forma oral en los acuerdos particulares, que se traduce, en última instancia, en un problema de prueba, porque "se entiende que la regla de la prevalencia funciona cualquiera que sea la forma, oral o escrita, que adopten las condiciones particulares, incluso en los casos en que las condiciones generales hayan recogido una regla de forma escrita".

generales.

La apreciación del beneficio o de la mejora en sede de cláusulas restrictivas de responsabilidad es una cuestión delicada. Partiendo de la base de que éstas han sido redactadas por quien va a ver limitada su responsabilidad en caso de incumplimiento contractual, la cláusula más beneficiosa para el adherente será en principio aquélla que permita o facilite en mayor medida la reclamación indemnizatoria y con la que el acreedor vea cumplidas más ampliamente sus expectativas resarcitorias en caso de incumplimiento del deudor. Mas, como ya indicamos, el juicio del mayor beneficio para el adherente debe ser un juicio concreto sin desvinculación del preciso formulario o contrato ni de las precisas circunstancias del propio consumidor. Así, entre una cláusula limitativa del *quantum* indemnizatorio con expresión del fuero común y una cláusula de sumisión a fuero determinado, un consumidor podrá preferir la limitativa de la responsabilidad pudiendo demandar en su domicilio mientras que otro puede elegir someterse a un fuero diferente -más gravoso- pero jugar con la posibilidad de obtener la totalidad de la indemnización.

4.3. Referencia a las reglas de interpretación en el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1996

En términos ciertamente similares a los empleados por el legislador de 1984, el artículo 6 del APCGC regula el tratamiento interpretativo de las condiciones generales de la contratación. La norma prescribe: *"1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las específicamente previstas para el contrato concreto, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones generales. 2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán en contra del predisponente"*.

La norma del Anteproyecto de 1996 recoge los mismos criterios hermenéuticos que los del artículo 10.2 LCU, optando "por la interpretación de las cláusulas oscuras de la forma

más ventajosa para el adherente⁹⁸⁶ y cambiando la dirección seguida en el Anteproyecto de 1991 en donde la interpretación de las condiciones generales se reconducía únicamente a dos de las reglas estudiadas: la regla *contra proferentem* y la de la prevalencia de la condición particular sobre la general⁹⁸⁷.

5. LA INTERPRETACIÓN ESTRICTA O RESTRICTIVA COMO PRINCIPIO DE EXÉGESIS CONTRACTUAL

Hemos considerado la oportunidad de deternernos en el análisis de un principio interpretativo, la interpretación estricta o restrictiva, que si bien no ha encontrado una plasmación positiva en nuestro Derecho sí ha sido un expediente utilizado en ciertas ocasiones por nuestros Tribunales para la interpretación de algunas cláusulas contractuales especialmente controvertidas, como por ejemplo las limitativas de responsabilidad, siendo asimismo aconsejada por algunos autores para la interpretación de estos pactos⁹⁸⁸. Su

⁹⁸⁶Exposición de Motivos del APCGC de 1996.

⁹⁸⁷Prescindía el Anteproyecto del 91 de la regla de la condición más beneficiosa y lo hacía de forma consciente. Según él, prevalecía en todo caso la condición particular sobre la general, sea o no más favorable para el adherente, en tanto que era, según la Exposición de Motivos del APCGC 1991, "una condición negociada y, en esa medida, plenamente consentida". Rechazaba, así, la regla de la condición más beneficiosa: "La autonomía privada no puede violentarse permitiendo que se sobreponga a ella la condición general, aunque eventualmente pudiera resultar más favorable para el cliente (*pacta sunt servanda*)".

⁹⁸⁸En nuestra doctrina, GARCÍA AMIGO (*Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.250 y ss.) ha propugnado este tipo de interpretación en las cláusulas limitativas de responsabilidad contractual apoyándose principalmente en el art.1289 C.c., al que después aludiremos, pero también en la experiencia jurídica comparada, en especial en la jurisprudencia alemana, que en ausencia de una norma específica ha optado por una interpretación restrictiva de las cláusulas limitativas. En la doctrina francesa, DURAND (*Des conventions d'irresponsabilité*, op.cit., p.47) propone la interpretación restrictiva de las cláusulas de irresponsabilidad dado su carácter excepcional, interpretación que debe aludir a las personas a las que puede ser opuesta la cláusula, a los hechos a los que se refiere, a su objeto e incluso al tiempo en el que debe producir efectos. Asimismo, han apoyado este método interpretativo, en vista del carácter derogatorio de tales cláusulas: LALOU, H., *Traité pratique de la responsabilité...*, op.cit., p.393; LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, op.cit., p.123; STARCK, B., ROLAND, H., BOYER, L., *Obligations. Contrat*, op.cit., p.682 y VINEY ("Rapport de synthèse", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires...*, op.cit., p.333) quien recomienda la interpretación "stricte ou étroite" de las cláusulas limitativas o

estudio se justifica, además, por la enorme relevancia que posee este principio en la jurisprudencia inglesa en la interpretación de las *exemption o exclusion clauses*, regla que constituye, junto con la máxima *contra proferentem*, el pilar básico de la interpretación de las cláusulas objeto de estudio en el país anglosajón.

Los Tribunales ingleses, en el continuo uso que han hecho de la *strict interpretation*, han delimitado claramente su significado: los términos de la cláusula deben ser aptos y claros en aras de eludir *precisamente* la responsabilidad que pretende ser excluida, por lo cual no se entenderá amparado por la cláusula restrictiva ningún otro supuesto que no esté contemplado expresamente en ella. La efectividad de la *exemption clause* depende de la perfecta adecuación entre el evento que ha ocurrido -por el que se pretende la irresponsabilidad- y la descripción o contemplación de ese evento específicamente en la cláusula que se desea oponer a la otra parte. Si la cláusula se expresa claramente y sin ambigüedades no hay justificación para atribuir al lenguaje de la misma un significado extraño o artificial o amplio, permitiendo una extensión de los supuestos de exclusión o limitación de la responsabilidad que contiene⁹⁸⁹.

El rigor de la *strict construction*⁹⁹⁰ es implacable: si la cláusula ha excluido la

exoneratorias de responsabilidad, como uno de los procedimientos tendentes a reducir la eficacia de dichas cláusulas. En la doctrina portuguesa, PINTO MONTEIRO (*Cláusulas limitativas e de exclusão...*, op.cit., p.356) se ha mostrado partidario de la interpretación restrictiva de estos pactos, proposición que realiza asimismo STAUDER para el Derecho suizo ("*Droit suisse*", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires...*, op.cit., pp.110 y 113), en tanto que dichas cláusulas implican una derogación del derecho dispositivo y son onerosas.

⁹⁸⁹Cfr. CHITTY, *On contracts*, op.cit., vol.1º, p.638.

⁹⁹⁰En la teoría de la interpretación que se ha desarrollado en el Common Law se observa frecuentemente la referencia más concreta a la *construction of contract* -en lugar de *interpretation of contract*-, expresión que abarcaría no sólo la pura exégesis del contrato sino también una verdadera reconstrucción de su contenido. Aunque para algunos la diferencia entre ambas operaciones -*construction e interpretation*- es clara (y pudiera, pensamos, equipararse a la que existe entre integración e interpretación en la doctrina continental), lo cierto es que para la doctrina mayoritaria, como señala ALPA (*Introduzione alla nuova giurisprudenza*, en AA.VV., *Il contratto in generale*, dir. da G. Alpa e M. Bessone, Torino, Ed.UTET, 1991, T.I, p.225) pueden ser calificadas como dos operaciones que se complementan, y se confunden, cuyo norte son dos principios fundamentales: la interpretación literal y la interpretación de las concretas cláusulas del contrato en base a criterios

responsabilidad, *vgr.* por la garantía, jamás podrá entenderse incluido en la exoneración el incumplimiento contractual; si se ha previsto la exoneración por el incumplimiento de las condiciones implícitas del contrato (*implied terms*), no se incluirá en su ámbito el de las expresas (*express terms*). Aunque cierto es que fundamentándose la validez de las cláusulas de irresponsabilidad precisamente en la claridad expositiva del supuesto de hecho que traten de delimitar, se entiende perfectamente la exactitud de la operación exégetica⁹⁹¹.

Constituye, la interpretación estricta, un expediente a medio camino entre un requisito de inclusión -los términos, las palabras han de ser claras: en caso contrario la cláusula será ineficaz- y una verdadera regla interpretativa -el intérprete no puede extender el efecto exoneratorio o limitativo a aquello que no esté contemplado exactamente en la cláusula-. Al mismo tiempo esta regla está en perfecta sintonía con el otro pilar hermenéutico de la jurisprudencia inglesa: la regla *contra proferentem*, hasta el punto de ser conceptuada como una instancia específica de la misma o de ser tratada sistemática o conjuntamente con ella. Ambas máximas cubren, complementándose, la interpretación de las cláusulas restrictivas de responsabilidad: si los términos son claros, se aplicará la regla de la interpretación estricta, según la cual no se entenderá incluido en la cláusula sino lo establecido precisamente en ella; si, por el contrario, los términos son oscuros, la cláusula debe ser interpretada en contra de

puramente objetivos (la referencia a la *intention of the parties* resulta cada vez menos socorrida en favor de valoraciones objetivas).

Este inciso intenta poner de manifiesto la objetividad que preside la hermenéutica contractual en el Common Law, pero, sobre todo, vendría a justificar la doble calificación de la interpretación estricta en la jurisprudencia inglesa -como *strict construction* o *strict interpretation*- y su tratamiento en el ámbito de la interpretación y no de la integración contractual.

⁹⁹¹No obstante, muchas sentencias parecen rebajar tal rigurosidad, aludiendo a la existencia de distintos grados de restricción (*strictness*) en la interpretación. Así, en el caso *Photo Production Ltd. v. Securicor Ltd.* [1980] (cit. por LEWISON, K., *The interpretation of contracts*, op.cit., p.258) se estableció que "[...]the degree of strictness appropriate to their construction [the construction of exemption clauses] may properly depend upon the extent of which they involve departure from the implied obligations. Since the obligations implied by law in a commercial contract are those which [...] have been regarded as obligations which a reasonable businessman would realise that he was accepting when he entered into a contract of a particular kind, the court's view of the reasonableness of any departure from the implied obligations which will be involved in construing the express words of an exclusion clause in one sense that they are capable of bearing rather than another is a relevant consideration in deciding what meaning the words are intended by the parties to bear [...]".

quien haya causado la oscuridad.

Hasta aquí la aplicación de la regla de la interpretación estricta en el Derecho inglés. Antes de continuar es preciso efectuar una aclaración. Hemos equiparado en el epígrafe las expresiones interpretación estricta y restrictiva, porque pensamos que son dos aplicaciones de una misma regla: la prohibición de la interpretación extensiva de este tipo de cláusulas contractuales. Y son dos aplicaciones porque dos son también los supuestos de hecho: si los términos son claros y precisos, el intérprete debe ajustarse totalmente a ellos sin extender la aplicación de la cláusula de irresponsabilidad a casos similares (interpretación estricta); por el contrario, si la cláusula está redactada en términos genéricos, debe conceder el menor efecto exoneratorio (interpretación restrictiva) -frente a la posibilidad de una interpretación más amplia o extensiva-. Se trata, entonces, de la misma regla pero aplicable a dos supuestos diferentes: precisión o no precisión de los términos de la cláusula.

Tal y como la hemos presentado, resulta lógico pensar que se trata de una máxima -o-, mejor, de un principio o argumento que preside la aplicación de otras máximas- de perfiles algo equívocos, y que se confunde, además, con otras reglas interpretativas de nuestro Derecho. Para tratar de encontrar su significado y determinar la pertinencia de considerar esta regla de forma autónoma, hay que concretar primero qué se entiende por interpretación restrictiva en nuestro Derecho.

Como es sabido, según el criterio del ámbito de aplicación o del resultado al que conduce, y dentro de los argumentos lógicos⁹⁹², la interpretación jurídica se divide en

⁹⁹²Cfr. KALINOWSKI, G., *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*, trad. esp., Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1973, p.166. El denominado argumento *stricta lege* -que encierra la interpretación restrictiva- supone la aplicación de las reglas de la lógica en la interpretación de las normas. No obstante, esta afirmación de carácter general y tradicionalmente aceptada ha sido matizada por el propio KALINOWSKI, quien ha señalado que no estamos ante un medio lógico sino más bien ante un medio "retórico o paralógico", que son "aquellos tomados de la lógica de la persuasión". Esta especialidad pone de manifiesto que el argumento *stricta lege* no representa la rigurosidad de la regla lógica sino que se fundamenta también en otras razones o justificaciones de carácter pragmático o de razonabilidad. En torno a la relevancia de la justificación en la decisión interpretativa y sus consecuencias, vid. WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. esp., Madrid, Ed. Civitas, 1985,

interpretación estricta, también llamada restrictiva, e interpretación amplia o extensiva. La primera de estas interpretaciones implica que "la norma jurídica se interpreta según su ámbito de aplicación estricto o restringido. Sería estricta la interpretación que contemplara los términos en su sentido más estricto y restringido, en su sentido más propio. Por el contrario, la interpretación amplia o extensiva es aquella cuyo posible ámbito de aplicación elegido es el más amplio, pero sin salirse de su ámbito propio"⁹⁹³. Esto es, se diferencia la interpretación restrictiva de la extensiva "según el sentido posible del precepto se extienda o reduzca en relación al patrón normal"⁹⁹⁴.

La ausencia de positivación en nuestro ordenamiento jurídico de la interpretación extensiva y restrictiva en el ámbito de la interpretación de las normas (art.3.1 C.c.) no ha representado un obstáculo para su reconocimiento y efectiva utilización -el Tribunal Supremo ha aplicado dicho canon tras la reforma del Título preliminar⁹⁹⁵-, pero sí puede plantear problemas a la hora de determinar su procedencia. En otros términos, ¿cuándo debe interpretarse extensivamente y cuándo, por el contrario, está permitida la interpretación estricta?

No se puede señalar un principio único para acotar los casos en los que el intérprete pueda optar por la interpretación extensiva o restrictiva, pero, siguiendo el aforismo *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*, se ha indicado que la interpretación extensiva sólo puede tener lugar en caso de que el precepto sea beneficioso. Si la norma implica restricciones o limitaciones, la interpretación restrictiva debe ser la máxima a aplicar.

pp.53 y ss. y 61 y ss.

⁹⁹³RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Salamanca, Librería Cervantes, 1991, p.223.

⁹⁹⁴LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros, *Elementos...*, op.cit., T.I, vol.1º., p.276.

⁹⁹⁵Sobre este tema, vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Interpretación y jurisprudencia. Análisis del artículo 3.1 del Código civil*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1994, p.108. El autor acredita que pese a la sistematización de los criterios hermenéuticos llevada a cabo por el legislador de 1974 en el art.3.1, el Alto Tribunal siguió utilizando otros criterios interpretativos, entre ellos el de la interpretación restrictiva, que ya empleaba con anterioridad (cfr. *ibidem*, p.32).

En esta línea, la jurisprudencia, "con el fin de hacer jugar las singularidades que pudieran afectar a los preceptos aplicables"⁹⁹⁶, ha considerado que aquellas disposiciones sancionadoras, limitativas de la capacidad o prohibitivas no deben interpretarse extensivamente⁹⁹⁷.

En definitiva, la indagación de la *ratio* del precepto -desfavorable, limitativa- constituye un elemento fundamental en este proceso interpretativo⁹⁹⁸; es el sentido y la finalidad de la norma la que, en último término, orientará la labor del intérprete hacia uno u otro resultado⁹⁹⁹.

Aunque hemos recurrido a la definición de la interpretación restrictiva y extensiva en el ámbito de la interpretación de la ley, consideramos perfectamente extrapolable lo hasta ahora apuntado a la exégesis contractual porque, como indica ALBALADEJO, "se puede

⁹⁹⁶PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Interpretación y jurisprudencia*, op.cit., p.114.

⁹⁹⁷Cfr. STS 10 de noviembre de 1964; STS 9 de noviembre de 1967, STS 28 de noviembre de 1989; STS 26 de marzo de 1991, entre otras.

⁹⁹⁸Ya SAVIGNY (*Metodología jurídica*, trad. esp., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1979, pp.41 y 42) revelaba como determinante en esta interpretación la *ratio* de la norma: "Lo primero en esta operación es que se asciende de las palabras, de la expresión de la ley, a su razón"; lo cual constituía el principal riesgo de este tipo de interpretación, porque "en la mayoría de los casos no se encuentra sojino la regla; y la razón debe descubrirse y agregarse por el intérprete de una manera artificial". Esto implica que Savigny rechaza esta técnica interpretativa: "Se notará que esta interpretación es tan arbitraria que no se puede hablar de una verdadera interpretación, porque lo que el juez debe agregar a la ley, por este hecho, no puede ser ya objetivo [...] Por ello, la operación debe descartarse porque la razón no es objetiva por la ley [...] Existen casos en que la razón no está dada especialmente, sino de manera tan general que se puede entender por ella todo. Ya que esta operación sólo es accidental, no puede ser de aplicación en la ciencia del Derecho". Pero incluso si el legislador estableciese la razón en la propia norma, desaconseja esta operación porque "él no la estableció como una regla general, ni con un objetivo práctico, sino tan sólo para aclarar la regla mediante ella misma. Por ello no debemos aplicar prácticamente la razón".

⁹⁹⁹Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema...*, op.cit., 8ª ed., vol.1º, p.178. La trascendencia del sentido y finalidad de la norma en esta técnica interpretativa, determina que DE LA VEGA BENAYAS (*Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Códigoc civil*, op.cit., p.136) incluya la interpretación restrictiva dentro del canon interpretativo del "espíritu y finalidad de las normas", del artículo 3.1 C.c.

decir que, *mutatis mutandis*, las teorías o reglas formuladas para una valen para la otra"¹⁰⁰⁰.

En este sentido, la interpretación restrictiva o estricta de un contrato o término contractual determina que el intérprete haya de contemplar las declaraciones de las partes en el sentido más restringido, evitando interpretaciones extensivas de aquéllas, que pueden consistir ya en elegir los significados más amplios de las palabras o expresiones, ya en incluir situaciones análogas dentro de los supuestos de hecho del contrato o de la cláusula, extendiendo así sus efectos¹⁰⁰¹. Si, además, consideramos aplicable a la interpretación contractual la regla que atiende a la *ratio* de la norma, y más concretamente a sus efectos -favorables o limitativos-, para averiguar el ámbito de aplicación del principio de la

¹⁰⁰⁰ ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, op.cit., T.I, vol.1º, p.171. Por supuesto con ello no queremos decir que interpretación de la ley e interpretación del negocio jurídico sean dos operaciones idénticas. En principio, hay que señalar que "la interpretación de la norma es la de un principio jurídico abstracto e interpretación del contrato es la de un supuesto de hecho y sus consecuencias jurídicas, es decir, la interpretación de algo concreto" (LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Comentario a los arts.1281 a 1289", op.cit., p.2). Esto determina ya su principal diferencia: "mientras la interpretación de la ley debe estar orientada en orden a su ratio general, la interpretación de la regla contractual debe hacerse en una conexión mayor con el propósito de sus autores, entre quienes va a surtir el efecto obligatorio" (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit, T.I, p.369). Pero el reconocimiento de la diversidad entre ambas operaciones no es óbice para que la conclusión sea la expuesta por DE CASTRO ("Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley. Consideraciones en torno al artículo 3º, apartado 1, del Código civil", *A.D.C.*, 1977-II, p.848): "La interpretación de la ley y de los negocios jurídicos tienen ciertamente notas comunes, como corresponde a la finalidad de una y otra, es decir, a la de conocer el sentido de una declaración expresiva de voluntad. Por lo que, dado el posible juego de sus elementos, respecto de ambas se han formulado teorías con criterios subjetivistas y objetivos. Coincidencias que explican que se haya pensado en utilizar las reglas dictadas para la interpretación de los negocios jurídicos para la interpretación de las leyes y viceversa".

¹⁰⁰¹ Entendemos incluido, así, tanto el significado gramatical del término cuanto la del supuesto de hecho de la cláusula en el objeto de la interpretación estricta -o extensiva-, aunando, de esta forma, dos categorías de interpretación que, vgr. LACRUZ, p.277 y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, op.cit., p.179, han separado. Según el primer autor citado se debe distinguir, por un lado, entre interpretación extensiva y restrictiva, y, por otro, entre interpretación lata y estricta. La segunda clasificación es la que haría referencia al elemento gramatical exclusivamente, habiendo interpretación lata cuando "a una palabra que tiene varios significados se le da el más extenso" y estricta, "si se le da el más reducido". No obstante, esta diferenciación, que extrae de la dicotomía interpretación extensiva / restrictiva la mera interpretación gramatical, no es seguida por otros autores: LARENZ, K., *Metodología de la ciencia...*, op.cit., p.350., RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la ciencia...*, op.cit., p.223.

interpretación estricta -de la misma manera que se efectúa en la interpretación de la ley-, podemos entender que éste debe presidir la interpretación de las cláusulas excepcionales o que supongan efectos limitativos para las partes, esto es, de las denominadas cláusulas onerosas: aquéllas que sin pertenecer a la categoría de abusivas -serían ilícitas según la LCU- representan una carga o una limitación de derechos, expectativas, etc. para una de las partes respecto de la otra. Entre ellas, como máximo exponente, se encuentran las cláusulas restrictivas de la responsabilidad.

Es así que la interpretación restrictiva o estricta se puede configurar como un principio hermenéutico en virtud del cual se dota al contrato o a sus términos del significado más estricto o más restrictivo entre los que pudieran tener y cuyo ámbito de aplicación se reconduce a las cláusulas que supongan efectos perjudiciales o limitativos de derechos (con respecto al "patrón normal": el Derecho dispositivo).

La jurisprudencia española no ha ignorado totalmente el empleo de la interpretación restrictiva en el ámbito de la exégesis contractual. Como ya anunciábamos al inicio de este epígrafe, nuestros Tribunales han utilizado este argumento interpretativa en contadas ocasiones, y siempre ante supuestos de cláusulas excepcionales u onerosas.

Así, la STS 7 de junio de 1978¹⁰⁰², inspirada en otras resoluciones anteriores¹⁰⁰³, lo utiliza en la interpretación -más exactamente, en la calificación- de las arras, que, como "tienen carácter excepcional, exigen una interpretación restrictiva de la cláusula contractual"; ello lleva al Tribunal a calificar la figura de autos como arras confirmatorias en lugar de otorgarle otro sentido más gravoso (arras penitenciales)¹⁰⁰⁴. La STS 3 de diciembre de

¹⁰⁰²A.2752

¹⁰⁰³STS 8 de julio de 1933 (A.222), STS 5 de junio de 1945 (A.695), STS 7 de febrero de 1966 (A.793) y STS 16 de diciembre de 1970 (A.5593).

¹⁰⁰⁴Idéntico razonamiento, con referencia a la misma hipótesis, encontramos en la más reciente STS de 15 de marzo de 1994 (A.1784). El Tribunal señala que "teniendo tal precepto carácter excepcional [en alusión al art. 1454] exige una *interpretación restrictiva* de las cláusulas contractuales de la que resulte la voluntad indubitada de las partes de que se trata de arras penitenciales".

1982¹⁰⁰⁵ opera con un criterio semejante ante la interpretación de una cláusula por la que un banco declinaba su responsabilidad en el caso de "pago de cheques perdidos o extraviados", no entendiendo aplicable la exoneración al supuesto de autos -el pago de talones falsificados por persona distinta del cuentacorrentista- porque otorgar una interpretación distinta sería "dar una *interpretación demasiado extensiva* a los términos del contrato", lo cual desaconseja siguiendo a la STS 19 de noviembre de 1928. Por su parte, la STS 16 de febrero de 1986¹⁰⁰⁶, al interpretar una cláusula de una póliza de seguro por la que se excluía de la cobertura los daños "producidos por vehículos de motor que desempeñen labores industriales o agrícolas...cuando los accidentes se produzcan con ocasión de estar desarrollando la consiguiente labor industrial o agrícola [...]", no extendió la eficacia de la cláusula al evento ocurrido, porque "en este caso la *labor industrial* que debía desarrollar el camión y en el curso de la cual si se produjera algún accidente la indemnización con cargo al seguro quedaría excluida, había concluido". Así, añade la sentencia "no puede ampliarse la misma [cláusula] al momento en que el evento dañoso se produjo, ya que ello supondría una *interpretación extensiva* del referido artículo 13 letra h), de la póliza suscrita, lo cual [...] no es admisible". También la STS 25 de abril de 1986¹⁰⁰⁷ efectuó una interpretación estricta de una cláusula contenida en un contrato de transporte, negándose a calificarla como renuncia a exigir la responsabilidad del porteador -"ya que ésta se debe producir de forma expresa, clara y terminante, lo que en este caso no se ha producido"-, restringiendo, de esta forma, el ámbito de actuación de la misma. La SAP de Segovia de 31 de diciembre de 1993¹⁰⁰⁸ utilizó el criterio restrictivo en la interpretación de un pacto de exclusión de gastos en los Estatutos de una Comunidad de propietarios, por el que se excluía al local comercial del pago de algunos gastos comunes del edificio; la Audiencia tiene en cuenta como "criterio de interpretación derivado de la especial naturaleza y materia a la que se refiere el contrato", el "carácter excepcional de los pactos de exclusión de gastos frente al

¹⁰⁰⁵ A.7457.

¹⁰⁰⁶ A.516

¹⁰⁰⁷ A.2002.

¹⁰⁰⁸ A.2451.

criterio general, que impone su *interpretación restrictiva* [...], conforme a la cual si se duda acerca del carácter común o no de un gasto derivado de un elemento común, ha de optarse por el criterio también común del gasto". Finalmente, la STS 12 de diciembre de 1996¹⁰⁰⁹ aplica la interpretación restrictiva a una cláusula penal, que según la sentencia, en todo caso se impone "al presentarse [las cláusulas penales] como excepcionales al régimen normal de las obligaciones y contratos".

Una vez conocida la efectiva aplicación del principio por nuestros Tribunales, y entrando ya en la argumentación que nos conducirá a una respuesta afirmativa o negativa a aquella pregunta que formulábamos, es preciso iniciar la reflexión con un intento delimitador de la regla de la interpretación estricta frente a otras reglas hermenéuticas ya positivizadas en el Código civil. En particular, se puede plantear su relación -su confusión- con la regla de la interpretación literal y con la interpretación *contra proferentem*.¹⁰¹⁰

La interpretación estricta reposa en un fundamento diferente y tiene consecuencias también diversas. La interpretación literal pretende la contemplación de la literalidad de las declaraciones, de la letra del contrato, pero no ofrece soluciones cuando entre el significado literal de la cláusula se pudiera optar por uno -literal- más amplio u otro -también literal- más estricto. (Como señala LARENZ, "el posible sentido literal es, como sabemos, variable"¹⁰¹¹). Esta opción se propone a través de la interpretación restrictiva, en virtud

¹⁰⁰⁹La Ley, 7 de febrero de 1997- ref.396. Aplican también el criterio restrictivo a la interpretación de las cláusulas penales las STS 22 de noviembre de 1968; STS 10 de noviembre de 1983; STS 14 de febrero de 1992.

¹⁰¹⁰Así lo ha entendido ALFARO (*Las condiciones generales...*, op.cit., pp.328 y 329), quien ha calificado a la interpretación restrictiva de "regla de perfiles muy confusos que dificultan su consideración como auténtica norma de interpretación". Para este autor, si entendemos que la interpretación estricta supone "no considerar incluidos en una cláusula más casos de los específicamente previstos", resulta muy difícil distinguirla de la interpretación literal; si la regla significa "que entre los posibles significados de una cláusula dudosa debe escogerse el que más limita su aplicación", la interpretación estricta "no sería sino una hipótesis particular -o mejor, un resultado de la aplicación- de la regla *contra proferentem*", coincidiendo, en este extremo con Díez-PICAZO (*Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.388), para quien "la regla general de la interpretación restrictiva no añade nada a la aplicación de la regla *contra proferentem*".

¹⁰¹¹LARENZ, K., *Metodología de la ciencia...*, op.cit., p.350.

de la cual el intérprete ha de escoger el más restrictivo.

Por su parte, la interpretación *contra proferentem* precisa para su aplicación dos presupuestos que no son necesarios para la interpretación estricta: la cláusula debe ser oscura y una de las partes ha debido unilateralmente causar tal oscuridad. Sólo cuando así sea, se producirá una interpretación en contra de la declaración del predisponente que limita o perjudica los intereses de la contraparte. Pero, la interpretación restrictiva no reposa en tales presupuestos. La duda que invita a la interpretación *contra proferentem* no tiene que existir con tal gravedad en la interpretación restrictiva, ya que ésta se puede aplicar, incluso, ante declaraciones no dudosas, complementando y orientando la interpretación literal. El elemento subjetivo -la redacción unilateral de la cláusula o la causación unilateral de la oscuridad- no tiene tampoco que estar presente.

Con ello no negamos que la interpretación *contra proferentem* esté inspirada también en un criterio restrictivo¹⁰¹²; en definitiva, se trata de interpretar restrictivamente las cláusulas que no favorecen al adherente, para que, de este modo, el predisponente no pueda beneficiarse de ellas. Pero la necesaria presencia de una oscuridad en el contrato provocada por la acción del que lo ha redactado -aun con las matizaciones que ha efectuado doctrina y jurisprudencia- limita el ámbito de aplicación del criterio restrictivo que en esta técnica interpretativa subyace. La interpretación restrictiva, como principio autónomo inspirador de la labor hermenéutica, abarca un ámbito de operatividad más amplio, resultando aplicable asimismo a cláusulas onerosas bilateralmente redactadas o incluso redactadas por un tercero.

Por consiguiente, a nuestro juicio, la interpretación estricta o restrictiva no se puede confundir con otras reglas formuladas por el legislador. Se trata de un principio distinto que

¹⁰¹²No obstante, el fundamento inmediato de la regla no es el criterio restrictivo sino el de no beneficiar a quien ha causado la oscuridad, esto es, el ya explicado principio de autorresponsabilidad. La interpretación restrictiva en la regla *contra proferentem* sería, más bien, el resultado de la interpretación pero no la causa, que tiene una profunda raíz subjetiva de la que carece, en puridad, la interpretación restrictiva como regla autónoma, que descansa en un dato objetivo: la onerosidad de la cláusula a interpretar. De ahí que, a nuestro juicio, ambas técnicas interpretativas no se superponen sino que se complementan.

no ha sido positivado formalmente. Representaría un argumento no explicitado en la ley aplicable en la interpretación de las cláusulas onerosas y muy especialmente en las cláusulas de no responsabilidad.

Mas la ausencia de formulación positiva dentro de la enumeración de reglas de los artículos 1281 y siguientes del C.c. no debe considerarse un obstáculo para nuestra propuesta de guía de interpretación de las cláusulas restrictivas de responsabilidad -y de otras cláusulas onerosas-. Y ello porque:

1. Si bien el Código civil ha formulado ciertas reglas interpretativas a lo largo del capítulo relativo a la interpretación de los contratos (cap.IV, tít.II, lib.IV), no creemos que se pueda calificar de *numerus clausus* el elenco de los artículos 1281 y siguientes. Las expresiones utilizadas por el legislador en los citados artículos: "deberá atenderse principalmente"; "serán entendidas"; "se tendrán en cuenta para interpretar", junto con la especial naturaleza jurídica que se le ha otorgado a estas reglas¹⁰¹³ evidencian que el Código civil no ha querido configurar una lista cerrada de reglas de exégesis contractual¹⁰¹⁴ sino facilitar y aconsejar al intérprete en su tarea, quien, no obstante, no goza de libertad ya que no debe vulnerar el sentido y la finalidad de la interpretación contractual (básicamente nucleada en torno al artículo 1281 C.c.). Como señala DE

¹⁰¹³Aunque casi descartada en nuestro Derecho la calificación de normas de naturaleza dispositiva a las reglas interpretativas -tesis defendida en una primera época que aludía al carácter meramente ilustrativo o ejemplar de las normas hermenéuticas- pocos autores las han calificado como las reglas indiscutiblemente imperativas (entre ellos JORDANO BAREA, J.B., *La interpretación de los contratos*, op.cit., p.). Se ha hablado, más bien de carácter jurídico o "vinculante" (DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.80), y se ha sostenido, incluso, la posibilidad de que "las partes seleccionen algunos de los criterios de interpretación y excluyan otros o establezcan entre ellos un orden de preferencia" (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.383; en sentido similar, LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Comentario al art.1281 y ss.", op.cit., p.19).

¹⁰¹⁴Con respecto a la interpretación de las normas, PÉREZ ÁLVAREZ (*Interpretación y jurisprudencia...*, op.cit., pp.69, 97 y 133) considera que el artículo 3.1 tampoco agota todos los elementos interpretativos de la ley, por lo que "no excluye de por sí la utilización de otros elementos en la labor hermenéutica". Así, continúa este autor, "nada impide el empleo, p. ej., del canon comparativo, o -si se entendiera que no están implícitamente contemplados en el precepto- el recurso a razonamientos y reglas lógicas, o a la consideración de la motivación o de la causa de la norma. Máxime cuando, en ciertos casos, el recurso a esos u otros cánones se revela como sumamente útil para aprehender el espíritu y finalidad de la norma de que se trata". (*Ibidem*, p.69).

CASTRO, "la finalidad de la interpretación y el cometido del intérprete se centran en el sentido de la declaración contractual; resultando secundaria la cuestión de los medios utilizados para llegar a conocerlo. Lo que importa es conseguir una interpretación que resulte justa y adecuada"¹⁰¹⁵.

2. La interpretación estricta o restrictiva es una categoría jurídica dentro de la teoría general de la interpretación, perfectamente asumida por nuestro Derecho, si bien con referencia casi única a la interpretación de la ley. Aunque el artículo 3.1 del Código civil nada diga al respecto, tanto la interpretación restrictiva como la extensiva son opciones del intérprete que han sido admitidas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia españolas. No podemos considerar, entonces, como artificiosa o ajena a nuestra tradición una construcción que invite al operador jurídico a interpretar restrictivamente o extensivamente una disposición jurídica, ya sea ésta emanada de la voluntad del legislador ya emanada de la voluntad de las partes.

3. Es posible, además, afirmar que el resultado preside la interpretación restrictiva subyace asimismo en otras reglas hermenéuticas del Código civil. Nos referimos a los artículos 1283, 1288 -ya analizado- y 1289.

El artículo 1283, al señalar que en el supuesto de una formulación genérica de los

¹⁰¹⁵DE CASTRO, F., "Naturaleza de las reglas para la interpretación...", op.cit, p.855. Algún sector de la doctrina italiana se ha pronunciado expresamente sobre el carácter abierto de los recursos del intérprete, pese a que se sostiene unánimemente en Italia la naturaleza jurídica y vinculante para el juez de las normas sobre la interpretación -sobre este extremo, vid. por todos GRASSETTI, C., *L'interpretazione del negozio giuridico (Con particolari riguardo ai contratti)*, Padova, Ed. Cedam, 1983, pp.61 a 91-. En este sentido, ALPA (*Introduzione alla nuova giurisprudenza*, op.cit., p.228) sostiene que los artículos 1362 y siguientes del *Codice civile* operan en sentido garantista y no reflejan todos ellos la totalidad de la operación hermenéutica, ya que aunque pueden asegurar la homogeneidad, como han de adaptarse a los supuestos de hecho y a los diferentes tipos negociales, no pueden ser uniformes para todas y cada una de las operaciones económicas: de ahí la constatación de que no de interpretación se pueda hablar sino de interpretaciones. En la misma línea, CONSTANZA ("L'interpretazione del contratto. Parte generale", en AA.VV., *Il contratto in generale*, dir. da Alpa e Bessone, op.cit., T.IV-1º, p.74) indica que la vinculación jurídica de las normas de interpretación se concreta no tanto en la obligación para el intérprete de atenerse exclusivamente a las reglas dictadas por el legislador, sino en el deber de aplicarlas según un orden gradual.

términos de un contrato "*no deberán entenderse comprendidos en él [el contrato] cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron al contratar*", aparece, como ha indicado DÍEZ-PICAZO, "*como una norma inclinada hacia una interpretación restrictiva*"¹⁰¹⁶. No obstante, la interpretación restrictiva, que lleva al intérprete a no entender incluidos cosas y casos diversos en el contrato, se subordina aquí a la intención o propósito de los contratantes. Palpita el resultado restrictivo, el reconocimiento implícito a una operación interpretativa restrictiva, mas no con la dimensión objetiva -independiente de cuál sea la voluntad de las partes- que nosotros pretendemos. En consecuencia, no serviría para fundamentar aisladamente la tesis mantenida.

De mayor importancia en este discurso resulta el artículo 1289, considerado por GARCÍA AMIGO fundamento de una interpretación restrictiva de las cláusulas de irresponsabilidad contractual. Para este autor, desde el momento en que se comprueba "que la mayoría de los contratos en que se estipulan cláusulas de irresponsabilidad son contratos onerosos", y siguiendo la prescripción del art.1289 C.c. que conduce, en caso de duda, a la interpretación de estos contratos "*en favor de la mayor reciprocidad de intereses*", concluye que esa "mayor reciprocidad de intereses se traduce en una interpretación restrictiva de tales cláusulas, ya que éstas normalmente tienen la finalidad de inclinar la balanza contractual del lado del favorecido por ellas"¹⁰¹⁷. En definitiva, si la regla general es la mayor reciprocidad de intereses en la interpretación de los contratos onerosos, y como tales cláusulas no la favorecen sino todo lo contrario, la interpretación de las cláusulas restrictivas de responsabilidad tendría que tender hacia la línea restrictiva para evitar un mayor desequilibrio contractual.

Es así que estas normas, sin suponer el único fundamento jurídico a la teoría propuesta de la interpretación restrictiva de las cláusulas de irresponsabilidad -si así fuera

¹⁰¹⁶DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.384. En el mismo sentido, vid. JORDANO BAREA, J.B., "La interpretación de los contratos", op.cit., p.322.

¹⁰¹⁷GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas...*, op.cit., p.250.

limitaríamos el ámbito de la regla a los supuestos de hecho de las citadas normas¹⁰¹⁸, resultan apoyos indiscutibles a la misma al integrar en su contenido el resultado restrictivo en la interpretación.

4. Por último, puede entenderse que la interpretación restrictiva tal y como la hemos presentado, como reductora del alcance de las limitaciones u onerosidades que indiscutiblemente llevan aparejadas las cláusulas que estudiamos, como reductora, entonces, del juicio negativo y desfavorable -de las desventajas- que tradicionalmente se han ligado a ellas, deriva o es concreción de la *interpretación de los contratos según la buena fe*¹⁰¹⁹, admitida -sin que tampoco se haya positivado formalmente en nuestro Código, aunque se halle implícito en el art. 1258 C.c.- por la doctrina moderna¹⁰²⁰. Como gráficamente señala A. LÓPEZ, la buena fe como criterio interpretativo "es la regla del buen sentido que impone

¹⁰¹⁸Es éste el principal problema que observamos en la solución propuesta por GARCÍA AMIGO. Si se propone como único fundamento de la interpretación restrictiva el artículo 1289, el cual sólo entra en juego "*cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos anteriores*", se hace depender esta interpretación de la existencia en la cláusula o contrato de oscuridades o dudas de considerable importancia, limitándose ostensiblemente el ámbito de aplicación de la interpretación restrictiva.

¹⁰¹⁹La interpretación de los contratos según la buena fe está consagrada en el Código civil italiano en el art. 1366. La relación entre la ella y la interpretación restrictiva ha sido puesta de relieve por ZICCARDI (Voz "Interpretazione del negozio giuridico", *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVII, 1989, p.6), al señalar que la función de límite asignada a la buena fe como criterio interpretativo puede ser adoptada en relación con las técnicas interpretativas reductivas o extensivas.

¹⁰²⁰Acerca del criterio de la buena fe en la interpretación contractual, vid. TRAVIESAS, M., "Los negocios jurídicos y su interpretación", *R.D.P.*, 1925, p.49; DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.89; VATTIER FUENZALIDA, C., "La interpretación integradora del contrato en el Código civil", *A.D.C.*, 1984-II, p.510 y ss.; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.372; LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Comentario al art.1281 y ss.", op.cit., p.20 y ss.

En concreto son ilustrativas las palabras de DE CASTRO sobre la pertinencia de la interpretación conforme a las exigencias de la buena fe -objetiva-: "En el capítulo IV, dedicado en el Código civil a la interpretación de los contratos, no se menciona la buena fe. Ello no quiere decir que no se haya de tener en cuenta la buena fe al interpretar los contratos. Basta para afirmar lo contrario lo dispuesto en el art.1258. La función general atribuida a este precepto (también la interpretativa), y el silencio del capítulo IV, se explican porque el recurso a la buena fe no es instrumento para buscar la verdadera voluntad (interpretación en sentido estricto), sino una manifestación, y la más importante, de la responsabilidad objetiva por la conducta negocial. Obliga, como si fuera querido, lo que como tal aparece en la conducta observada; en cuanto apreciada conforme a la buena fe". (DE CASTRO, F., *ibidem*, p.90)

que las declaraciones de las partes, en caso de ser dudosas, se han de apreciar con un criterio de corrección"¹⁰²¹. Y es que así entendemos precisamente la interpretación restrictiva en el terreno contractual: como interpretación que limite y restrinja, sin salirse del ámbito interpretativo, los perjudiciales efectos de estas cláusulas, restringiéndolos dentro de lo posible, atribuyendo al contrato, y a la cláusula, de esta forma, el sentido "más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a las normas éticas"¹⁰²².

Considerando factible -y jurídicamente correcto- hablar de interpretación estricta o restrictiva como principio de hermenéutica contractual en nuestro Derecho, queremos subrayar su relevancia en lo que atañe a las cláusulas objeto de estudio. En definitiva, queremos exponer por qué consideramos conveniente que este principio presida la interpretación de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

La razón principal radica en la propia naturaleza de estos pactos, en la singularidad que los caracteriza, en su onerosidad. Sin cuestionar la autonomía de las partes para regular sus intereses -tesis en la que se ha fundamentado el apoyo indiscutible a las cláusulas restrictivas de responsabilidad como cláusulas *per se* lícitas- no sería justo ignorar su carácter lesivo y la onerosidad que comportan generalmente en las relaciones contractuales, en tanto que se separan, como señalaba DE CASTRO, del modelo normal estimado como justo, esto es, del derecho dispositivo. Tal carácter ha sido reconocido por el propio ordenamiento jurídico que ha reaccionado con una progresiva tendencia al establecimiento de un férreo control de las cláusulas de irresponsabilidad en los distintos ámbitos de la contratación, llegando incluso a su prohibición absoluta.

Pero no sólo son cláusulas onerosas, sino que las cláusulas restrictivas de responsabilidad con cláusulas excepcionales, ya que se constituyen en excepción al principio general de responsabilidad

¹⁰²¹LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Comentario al art.1281 y ss.", op.cit., p.22.

¹⁰²²DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, T.I, p.372.

Por ello, pese a defender *a priori* la validez jurídica de estos pactos -dentro de los límites que hemos estudiado- entendemos que se debe procurar, utilizando los medios que el Derecho pone a nuestra disposición, la reducción de los efectos que llevan aparejados o, cuando menos, la no extensión de los mismos. Uno de los procedimientos que colaboran en esta tarea es, como puso de relieve VINEY¹⁰²³, la interpretación estricta o restrictiva de las cláusulas limitativas de la responsabilidad.

Pero en este momento es preciso acentuar la naturaleza interpretativa -de conocimiento e indagación- de este procedimiento y no su eventual carácter de expediente de control del contenido contractual, para evitar incoherencias con el concepto de interpretación que se ha adoptado. La interpretación estricta se debe entender como un resultado de la tarea exegética, como una *opción* entre dos posibilidades perfectamente válidas e igualmente legítimas que se le plantean al intérprete (en el estricto ámbito de la labor interpretativa): dotar a las palabras, expresiones y supuestos de un significado más amplio o de uno más estricto o restrictivo. La interpretación restrictiva propone elegir éste último, de acuerdo con la naturaleza, onerosa, de la cláusula que se interpreta, elección que, como ha puesto de relieve ULMER, implicaría al tiempo la protección del núcleo no oneroso de las cláusulas¹⁰²⁴.

¹⁰²³Como ya anunciamos, VINEY ("Rapport de synthèse", op.cit., p.333) sugiere, entre otros procedimientos citados en *La responsabilité: effects*, op.cit., p.257 y ss., vgr. las prohibiciones legales puntuales, las iniciativas jurisprudenciales fundadas en cláusulas generales -orden público, respeto de un mínimo contractual- y el control específico de las cláusulas abusivas, la interpretación estricta de las cláusulas como método para reducir los efectos de las mismas.

¹⁰²⁴Cfr. ULMER, P., "Diez años de la Ley alemana de condiciones generales de los contratos", *A.D.C.*, p.772. Comenta, así, el acierto en la evolución de la jurisprudencia alemana a la hora de aplicar la regla de la interpretación restrictiva, advirtiendo que hoy, cuando la utiliza, la emplea "no como control oculto de contenido, sino, al contrario, para salvar el núcleo no abusivo de las cláusulas".

PARTE IV

EFICACIA E INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Capítulo I

EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

Analizado el concepto, el ámbito de validez y la interpretación de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, debemos interrogarnos ahora sobre su eficacia e ineficacia, completando, de esta forma, un recorrido integral a lo largo de la figura jurídica.

Los pactos objeto de estudio, como cláusulas contractuales que son, participan de la eficacia general de los contratos. Según los artículos 1091, 1254, 1257 y 1258 del Código civil, adquirirán la condición de ley entre las partes y resultarán, por lo tanto, obligatorias para éstas, produciendo los efectos que hayan previsto. No obstante, puede acontecer que las cláusulas inicialmente pactadas no cumplan los requisitos de validez que el ordenamiento jurídico prevé para su eficacia, moviéndose, entonces, fuera de los límites que hemos analizado. En este caso, serán ineficaces en los términos que veremos. Uno y otro supuesto serán tratados en este capítulo y el siguiente.

Centrándonos en la materia específica de este primer capítulo, esto es, en la eficacia de las cláusulas restrictivas, dos extremos han de ser objeto de análisis en aras a realizar un estudio completo de la eficacia de los pactos exoneradores de responsabilidad. En primer lugar, los efectos que tales cláusulas producen entre los propios contratantes, entre el deudor y acreedor que han pactado la exclusión ya total ya parcial de las reglas legales de responsabilidad; estudiamos, entonces, el supuesto "normal" de la eficacia jurídica contractual. En segundo lugar, aquellos efectos que eventualmente pudieran producir las cláusulas respecto a terceros extraños a esta relación jurídica, analizando, por consiguiente, la eficacia "excepcional" del contrato.

2. EFICACIA INTER PARTES

Cuando las cláusulas restrictivas de responsabilidad son reputadas válidas, se integran definitivamente dentro del contenido contractual. De este modo asumen la carga de obligatoriedad que posee el contrato, y despliegan su eficacia entre las partes vinculadas por ellas; eficacia normal o típica del contrato a tenor del artículo 1257 del Código civil: *"Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley [...]"*¹⁰²⁵. Como es sabido, además, la obligatoriedad característica del contrato, que deriva directamente de la voluntad de los propios contratantes sancionada, no obstante, por la ley, no se limita al estricto contenido contractual sino que según el artículo 1258 se hace extensiva a *"todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley"*.

Como ya estudiamos al tratar el concepto de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil, éstas se corresponden con el esquema del negocio jurídico de exclusión de la ley aplicable, desde el cual se puede explicar, al mismo tiempo, su eficacia. En efecto, tales cláusulas producen la exclusión de la ley aplicable: las normas reguladoras de la responsabilidad contractual en sentido estricto, ya sean las comunes de los artículos 1101 y siguientes del Código civil, ya las que se hayan previsto en leyes especiales o en el propio Código civil para regular supuestos específicos de responsabilidad contractual (siempre que

¹⁰²⁵La inoponibilidad de la cláusula de irresponsabilidad a un tercero puede generar alguna consecuencia perturbadora. En este sentido los MAZEAUD (MAZEAUD, H., L., y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, op. cit., T.III, vol.2º, p.77) proponen un supuesto que muestra de forma muy gráfica esta afirmación: dos contratantes conciertan dentro del contenido contractual una cláusula exoneratoria para el caso de culpa leve; el incumplimiento se produce efectivamente por culpa del deudor concurriendo, al tiempo, la acción de un tercero; el acreedor reclama extracontractualmente del tercero la totalidad de la prestación; repite el pago el tercero contra el deudor, en calidad de corresponsable solidario, y éste como no le puede oponer la cláusula de exoneración debe hacerse cargo de una indemnización que, en principio, no debería afectarle.

no sean algunas de las analizadas dentro del apartado dedicado a los límites de las cláusulas)¹⁰²⁶.

La exclusión voluntaria de las normas de responsabilidad civil producirá el efecto exoneratorio de responsabilidad para el deudor, que haya sido pactado. Según sea el grado de exclusión efectuado por las partes y los supuestos en los que la exclusión de la norma entre en juego, así será la eficacia exoneratoria de responsabilidad que conllevan. Si las

¹⁰²⁶Al constituir actos de exclusión de la ley aplicable no pueden ser configuradas como renuncia a la acción indemnizatoria (a la acción de los artículos 1101 y ss. C.c.). Si el acreedor de la obligación ha consentido en la exoneración de la responsabilidad de su deudor en el supuesto de incumplimiento de la prestación, cabría la posibilidad de configurar jurídicamente tal exoneración como una renuncia por parte del acreedor a la acción de reclamación de daños y perjuicios del artículo 1101 del Código civil, esto es, como una renuncia a la acción procesal *stricto sensu*. Tal posibilidad inyectaría una enorme dosis de poder a las cláusulas de exoneración de responsabilidad porque supondría la inadmisión de la demanda desde el momento en que el juez conociera la existencia de la cláusula. No parece siquiera cercana la veracidad de esta tesis. En primer lugar porque dado el ámbito de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad es muy difícil averiguar *a priori* la legalidad de las mismas. Para determinar su adecuación a las exigencias del ordenamiento jurídico es preciso, casi en la totalidad de los supuestos, entrar a conocer el asunto, es decir, penetrar en el juicio de responsabilidad para examinar si se dan las circunstancias exoneratorias a las que alude el pacto (sobre todo por lo que se refiere al juicio de imputación y a la gravedad de la culpa, si existe). Pero además la consideración de las cláusulas de exoneración de responsabilidad como auténticas renunciaciones a la acción configuraría un claro ejemplo de indefensión, una nítida vulneración de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, incrementada por la constatación, en un alto porcentaje de casos, de su utilización abusiva por aquellos que pretenden su efectividad. No obstante, una variedad de cláusulas, por nosotros denominada *indirectamente limitativa* de la responsabilidad, puede concebirse como una auténtica renuncia, si bien parcial, al ejercicio de la acción. Nos estamos refiriendo a las cláusulas de sumisión a un fuero determinado, muy frecuentes en el ámbito de las condiciones generales, cuya presencia entorpece enormemente la reclamación del acreedor hasta el punto de resultar ésta prácticamente imposible. En estos supuestos sí que nos hallamos ante verdaderas renunciaciones, no a la acción de modo estricto sino al planteamiento de la acción en un determinado fuero, porque el Juez competente lo es en virtud de la existencia de la cláusula de sumisión y le está prohibido, además, controlar de oficio su competencia territorial (art.74 L.E.C.). A juicio de ALMAGRO (ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de Derecho procesal*, op. cit., p.186), el Juez podría, no obstante, entrar en la validez de la cláusula cuando éstas aparezcan en contratos de adhesión, lo cual implica, en cierta medida un cierto poder de control de oficio de su competencia territorial: "[...] este tipo de cláusulas sumisorias, cuando aparezcan como aquí acontece en contratos de adhesión que impiden a la parte suscritora de los mismos influir en su contenido, no tienen para la determinación de la competencia el valor que el art.57 LEC concede a dichas sumisiones, es obvio que al carecer de eficacia hayan de entrar en juego cualesquiera de los fueros que con carácter subsidiario o supletorio se hacen constar en el art.62.1 LEC para los casos de las acciones personales [...]".

partes han excluido la regla del artículo 1103 C.c. en caso de culpa leve del deudor, la exoneración será, ante la concreta hipótesis del incumplimiento por culpa leve, total; si han excluido parcialmente su aplicación, manteniendo la responsabilidad pero limitando el *quantum* resarcitorio, la eficacia de la cláusulas no producirá la exoneración, sino sólo una atenuación en la indemnización debida.

Por consiguiente, las cláusulas restrictivas de responsabilidad producirán los efectos derivados de la exclusión de la norma, que no son otros que la *liberación del deudor de su responsabilidad* si se trata de cláusulas de exoneración o la *atenuación de aquélla*, si hablamos de una cláusula meramente limitativa; atenuación que, por otra parte, puede llevarse a cabo de las más variadas formas analizadas al estudiar la tipología de las cláusulas¹⁰²⁷.

En este punto, debemos remitirnos a nuestras palabras al diseñar el ámbito de operatividad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual, con el objetivo de precisar cuál es la eficacia de tales cláusulas. Allí trabajábamos con un concepto estricto de la responsabilidad contractual, definiéndola como indemnización de daños y perjuicios, y excluyendo de la noción otros remedios jurídicos frente al incumplimiento. En lógica coherencia, el efecto de la cláusula restrictiva se debe proyectar exclusivamente a este concepto de responsabilidad contractual en sentido estricto. Así, el efecto de la cláusula de exoneración será la exclusión de la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1101 y siguientes del C.c.; el efecto de la cláusula limitativa será la limitación del *quantum* indemnizatorio que fijan estas normas¹⁰²⁸.

¹⁰²⁷Vid. *supra*, capítulo 1º, parte I.

¹⁰²⁸Una cuestión se nos antoja importante al hilo de las cláusulas que tienen como objetivo limitar el *quantum* de la indemnización: ¿qué ocurriría si el montante previsto por las partes resulta superior a la indemnización real si no existiera tal pacto limitativo? En estos casos se tergiversaría la función para la cual dicho pacto fue concebido, transformándose en una pena lo que inicialmente se previó como una limitación de responsabilidad. En esta tesitura es preciso optar entre dos posibilidades; bien requerir del deudor la suma pactada, obviando, así, la intención de las partes de limitar la responsabilidad o bien prescindir de una cláusula que carece de la función asignada y que se aleja radicalmente de la voluntad de los contratantes. Es ésta la solución que parece desprenderse de las

Ha sido PINTO MONTEIRO quien más ha incidido en este punto, que, como él mismo reconoce, es un aspecto que frecuentemente no se toma en consideración. "La cláusula exoneratoria, si fuera válida, excluye la indemnización, pero no impide al acreedor recurrir a otras medidas de defensa de su derecho de crédito: la ejecución de forma específica, la resolución del contrato, etc. O sea, la eficacia de una cláusula exoneratoria se restringe a la indemnización, no prejuzgando el ejercicio de los demás derechos del acreedor"¹⁰²⁹.

Compartimos plenamente las palabras del profesor luso. Como ya pusimos de relieve al estudiar el principio de validez de las cláusulas restrictivas en el ámbito de la responsabilidad contractual¹⁰³⁰, estos pactos no implican una desprotección absoluta del acreedor sino que determinan la exclusión de la responsabilidad contractual entendida en sentido estricto, como remedio indemnizatorio de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación.

Las cláusulas de irresponsabilidad no impiden la efectiva constatación del

palabras de LE TOURNEAU (*La responsabilité civile*, op. cit., p.119) cuando señala que "*les clauses limitatives envisagées ci-dessus posent un plafond à l'indemnisation, une limite supérieure à ne pas franchir. si le dommage dépasse le chiffre fixé, il ne sera que partiellement réparé; s'il est inférieur, la réparation sera intégrale*". Una posición similar es la que adopta ESMEIN (en PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique...*, op. cit., T.IV, p.549) cuando, al comparar las cláusulas limitativas con las penales, señala que "*mais en diffère en ce que, si le préjudice est inférieur à la somme énoncée, celle-ci ne sera pas allouée tout entière, l'indemnité ne devant pas dépasser le préjudice*". En el mismo sentido, D. MAZEAUD (*La notion de clause pénale*, op. cit., p.280) advierte que, en oposición a la cláusula penal, la cláusula limitativa de la reparación es estipulada en beneficio exclusivo del deudor ya que si finalmente el daño efectivo resulta inferior a la indemnización prevista, el acreedor no puede pretender la indemnización según lo pactado, porque jamás podrá beneficiarse de la cláusula limitativa y debe conformarse con la indemnización real. Debe predominar, por tanto, una interpretación acorde con la voluntad de las partes, descartando la posibilidad de que finalmente una cláusula limitativa asuma el rol de una cláusula penal.

¹⁰²⁹PINTO MONTEIRO, A., "Las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n°83, 1995, p.201. También vid. del mismo autor "Cláusulas limitativas e de exclusão...", op.cit., p.206 y ss.

¹⁰³⁰Vid. supra capítulo 2º, parte I.

incumplimiento de la obligación (precisamente porque no excluyen la obligación¹⁰³¹), sino que, confirmado aquél, evitan el nacimiento de la obligación resarcitoria a favor del acreedor frustrado. Pero, porque no excluyen la obligación y permiten seguir hablando de incumplimiento obligacional, posibilitan que el acreedor acceda a otras vías jurídicas para paliar o reparar las negativas consecuencias del incumplimiento.

En contra de la tesis mantenida, BENATTI ha propugnado una interpretación amplia del concepto de responsabilidad (y así de los efectos de las cláusulas), a la luz del artículo 1229 del *Codice civile*. En este sentido, señala que "el término responsabilidad contenido en el párrafo 1º del artículo 1229 es un instrumento del lenguaje jurídico que comprende, en su función semántica, una compleja disciplina; es decir, es una expresión sintética que resume una normativa. Por tanto, con tal locución no se debe entender sólo el efecto del resarcimiento del daño, sino también los demás efectos conectados por la ley al hecho del incumplimiento"¹⁰³².

Pero con este razonamiento, cuyo lógico corolario sería que las cláusulas de exoneración válidamente constituidas -en caso de culpa leve del deudor- excluyen todos y cada uno de los efectos del incumplimiento, BENATTI pretende no tanto conceder los más amplios efectos a las cláusulas válidas cuanto limitarlos al máximo cuando éstas sean ilícitas. Así concluye: "si esto es cierto, se debe necesariamente concluir que en presencia de dolo o culpa grave el art.1229 párrafo 1º establece la total responsabilidad del deudor, o sea, la sujeción a todas las consecuencias conexas a la inexecución de la obligación"¹⁰³³.

Sin cuestionar la interpretación del profesor italiano -el entendimiento del término

¹⁰³¹Como ya expusimos, las cláusulas restrictivas de responsabilidad no afectan a la existencia de la obligación: no la excluyen, al contrario que las cláusulas delimitadoras del objeto del contrato que sí lo hacen. Vid. supra, capítulo 1º, parte I.

¹⁰³²BENATTI, F., *Contributto allo studio delle clausole di esonero...*, op.cit., p.67. En el mismo sentido, CANTILLO, M., *Le obbligazioni*, op.cit., T.II, p.860.

¹⁰³³BENATTI, F., *Contributto allo studio delle clausole di esonero...*, op.cit., p.67.

responsabilidad del art.1229 como responsabilidad contractual en sentido amplio- no podemos importar al sistema jurídico español el resultado que aquélla conlleva. Nosotros no hemos partido de una norma -porque no existe en nuestro Derecho- como el artículo 1229 citado en la que pudiera tener cabida el fundamento de la validez de las convenciones que excluyan cualquier efecto del incumplimiento contractual, sino que hemos derivado el principio de validez de las cláusulas restrictivas de las normas del Código civil (art.1101 y ss.) que regulan el fenómeno de la responsabilidad contractual en sentido estricto, esto es, la obligación indemnizatoria de daños y perjuicios. Si el punto de partida (el fundamento de la validez de las cláusulas) está restringido a la indemnización de daños y perjuicio el punto de llegada (los efectos de las cláusulas) también ha de estarlo.

No obstante, la eficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad ha sido relativizada por algunas teorías, con el objetivo de atenuar sus efectos exoneratorios. En este sentido, y sobre todo en lo que atañe a las cláusulas exoneratorias, una primera concepción, es de obligada mención la tesis de la jurisprudencia francesa¹⁰³⁴, que les otorgó el valor de mecanismo de inversión de la carga de la prueba.

¹⁰³⁴En este sentido, LALOU, H., *Traité pratique de la responsabilité...*, op. cit., p.391 y ss.; LE TOURNEAU, P., *La responsabilité...*, op. cit., p. 107.; MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Traité théorique et pratique...*, op. cit., T.III, vol.2º p.65 y ss.; MARTY, G. y RAYNAUD, P., *Droit civil...*, op. cit, T.I, p.771 y ss.; MUZUAGHI, A.S., *Le déclin des clauses...*, op. cit., p.97 y ss.; PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit civil...*, op. cit., T.IV, p.342 y ss.; ROBINO, P., "Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine", *Rev.Tr.Dr.Civ.*, 1951, p.6 y ss.; STARCK, B., ROLAND, H. y BOYER, H., *Droit civil. Les obligations*, op. cit., p.686 y ss; VINEY, G., *Traité de droit civil. La responsabilité: effets*, op. cit, p.304 y ss. Entre las sentencias de la *Cour de Cassation* más renombradas: sentencia de 9 de noviembre de 1915 (civil); sentencia de 13 febrero 1923 (D.P.1923.T.I.52); sentencia 17 de febrero de 1951 (2ªsect.civil) y sentencia 15 de junio de 1955 (sect.comm.), todas ellas comentadas por CAPITANT, H., *Les grandes arrêts de la jurisprudence civile*, 9ªed., Paris, Ed. Dalloz, 1991, p.413 y ss. y 455 y ss.

La tesis jurisprudencial exponemos alcanza únicamente a las cláusulas de exoneración de responsabilidad. Las cláusulas meramente limitativas son total y literalmente eficaces, en el sentido que atenuarán la responsabilidad del deudor según lo previsto por la cláusula. Así lo advierte, entre otros, ROBINO ("Les conventions d'irresponsabilité...", op. cit., p.3): "*Les tribunaux n'hésitent pas à reconnaître la pleine efficacité de la clause limitative en présence d'une faute simple. Seule la faute lourde entraîne sa condamnation*".

Desde esta perspectiva, la inserción en un contrato de una cláusula de exoneración implicaba solamente un cambio en la normal posición de las partes con respecto a la prueba de la culpa: la prueba del incumplimiento imputable, que en un gran número de hipótesis (obligaciones de resultado) no le corresponde al acreedor, se trasladaba a éste, quien se veía en la compleja situación de probar la culpa o el dolo del deudor. Se establecía, en otras palabras, "una presunción de inculpabilidad, relevando al deudor de la carga de la prueba del caso fortuito o fuerza mayor, e imponiendo correlativamente al acreedor la necesidad de demostrar la existencia de culpa"¹⁰³⁵.

En esta tesis, consolidada ya desde finales del pasado siglo y que se traducía en un intento de reprimir y controlar el abuso en la utilización de tales pactos exoneratorios, latía toda una concepción asentada en la *Cour de Cassation*: la consideración de orden público de la responsabilidad extracontractual unida al hecho de que, dado su carácter inderogable, aquélla coexistía con la responsabilidad de corte contractual (cúmulo de responsabilidades). En efecto, la exoneración convencional de la responsabilidad surgida entre un deudor y un acreedor excluye, según esta teoría, únicamente la responsabilidad dimanante del contrato pero en ningún caso podrá determinar la exclusión de la responsabilidad extracontractual, en la cual la prueba de la culpa juega de modo inverso.

En este sentido, las cláusulas exoneratorias de la responsabilidad provocarían un efecto inversor de la carga de la prueba, efecto que no es más que la consecuencia palpable de que entre deudor y acreedor ha decaído la responsabilidad contractual, en virtud de la cláusula exoneratoria, y en su lugar ha nacido automáticamente, o mejor, se ha quedado al descubierto porque nunca desaparece entre contratantes, la responsabilidad

¹⁰³⁵COSSÍO, A., *Instituciones de Derecho civil*, op. cit., T.I, p.455. Igual efecto, y con más razón, lo prevé en caso de que dichas cláusulas se encuentren insertas en contratos de adhesión: "su valor jurídico, entendemos, no debe ser otro que el de una mera presunción contractualmente aceptada, que desplaza la carga de la prueba sobre el otro contratante".

extracontractual¹⁰³⁶. En definitiva, se produce una transformación de la responsabilidad contractual en responsabilidad extracontractual¹⁰³⁷.

Esta concepción, que ya ha dado paso en la propia jurisprudencia a nuevas corrientes, fue, desde sus inicios, fuertemente criticada por un sector mayoritario de la doctrina francesa. La crítica se centraba en los dos pilares básicos sobre los que se sustentaba la jurisprudencia, negando, por un lado, el carácter de orden público de la responsabilidad extracontractual¹⁰³⁸, y de otro, rechazando la aplicación de la responsabilidad

¹⁰³⁶Como señala LE TOURNEAU (*La responsabilité...*, op. cit., p.107), "la responsabilidad contractual descartada será reemplazada por la responsabilidad delictual que tiene una vocación universal y la cual, de otro lado, siendo de orden público no puede ser eliminada[...]. Utilizando teorías más recientes: una obligación de resultado ha sido reemplazada por una obligación de medios". En este último extremo inciden también MARTY y RAYNAUD (*Droit civil...*, op. cit., p.773) para sentar su primera crítica: la concepción jurisprudencial, de inversión de la carga de la prueba, no puede tener sentido y alcance más que con relación a una responsabilidad contractual que no obligue a determinar el error en la conducta del deudor, como por ejemplo, en una obligación de resultado. Pero, continúan los autores, ¿cómo se puede hablar de inversión en la carga de la prueba cuando se trata de una obligación contractual de diligencia o de medios en las que de todas formas hace falta probar la violación? El efecto de las cláusulas de irresponsabilidad es, para la jurisprudencia, (y aquí coinciden con LE TOURNEAU) sustituir una obligación de resultado por una de medios; pero suponer que el contrato tiene una obligación de este tipo implica una interpretación "*divinatoire et dénaturant la volonté des parties qui a été d'exclure la responsabilité dans toute la mesure admissible*" (p.774). En este sentido y dada la incoherencia a la que puede conducir esta teoría, LALOU (*Traité pratique de Droit...*, op. cit, p.392) advierte la existencia de una sentencia (París, 23 de nov. 1949, D. 1950, 165) en la que el juez consideró que el efecto de la cláusula de irresponsabilidad iba más allá que la inversión de la carga de la prueba, si de la intención de las partes se desprendía que éstas querían otorgarle un efecto más amplio, sobre todo cuando el contrato imponía al deudor una obligación de cuidado o de diligencia y no una obligación de resultado. Parece que ya desde esta perspectiva práctica la teoría asume su primera falla al carecer de sentido su aplicación en determinadas obligaciones contractuales.

¹⁰³⁷Esta concepción comporta una excepción: las "*negligence clauses*", cláusulas en virtud de las que el naviero estipula su irresponsabilidad por las culpas del capitán y de sus subordinados y por las cuales se consigue un efecto exonerador completo: excluye, incluso, la responsabilidad de tipo extracontractual del naviero. Cfr. MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, op. cit., p.53.

¹⁰³⁸Han negado el carácter de orden público de la responsabilidad extracontractual, entre otros: LALOU, H., *Traité pratique de la responsabilité...*, op.cit., p.391; LE TOURNEAU, P., *La responsabilité...*, op. cit., p.124; MAZEAUD, H.,L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique...*, op. cit. En contra de este extremo se ha pronunciado ROBINO ("Les clauses d'irresponsabilité...", op.cit., p.13), reconociendo, no obstante, la rigurosidad del planteamiento jurisprudencial que

extracontractual entre contratantes. Desde esta última perspectiva, son ilustrativas las palabras de los MAZEAUD cuando señalan que entre contratantes no hay sino lugar para la responsabilidad contractual; ésta excluye la responsabilidad aquiliana de forma que una vez exonerada aquélla por la cláusula de irresponsabilidad no queda nada. En ningún caso puede permanecer obligado el beneficiario de las cláusulas de irresponsabilidad, aun cuando el acreedor demostrara su culpa¹⁰³⁹.

En fin, el problema de la eficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad radica, en última instancia, en la necesidad de reprimir un eventual abuso. En realidad, la tesis de la jurisprudencia francesa no pretendía otra cosa que mitigar los efectos de unas convenciones que los propios Tribunales consideraban injustas y abusivas. La jurisprudencia se mostraba reacia a conceder efectos exoneradores a unas cláusulas que realmente, dado su tenor literal, los generaban. En vista de esta tensión -tampoco podían decretar la ilicitud de unas convenciones que la propia ley legitimaba- procedieron a relativizar sus efectos a través de la teoría de la inversión de la carga de la prueba.

Sin embargo, a nuestro juicio, la represión de prácticas abusivas no debe pasar por restringir los efectos jurídicos de las cláusulas válidas y lícitas sino por delinear un régimen jurídico estricto, por establecer unos límites bien definidos para que de este modo se desvanezcan los riesgos de su utilización.

sanciona indiferentemente toda exoneración de conductas no intencionales. Así, para este autor, "*La distinction de la faute lourde et de la faute légère s'impose. Les considerations d'ordre public invoquées par la jurisprudence ne s'opposent nullement au jeu de la liberté des conventions dans la mesure de l'imprudence légère*".

¹⁰³⁹Cfr. MAZEAUD, H., L., J., y CHABAS, J., *Traité théorique et pratique...*, op.cit, T.III, vol.2º, p., En el mismo sentido, LALOU, H., *Traité pratique...*, op. cit., p.392 y LE TOURNEAU, P., *La responsabilité...*, op. cit., p.124.

2.1. Un supuesto especial: las cláusulas restrictivas de responsabilidad ante la concurrencia de responsabilidades

Puede acontecer que habiendo pactado los contratantes una cláusula restrictiva de responsabilidad, el hecho que da lugar al incumplimiento contractual -y ante el cual operaría la cláusula citada- caiga también dentro de la órbita del ilícito aquiliano o, en otras palabras, pueda ser asimismo catalogado como infracción del deber *neminem laedere*. Tal dicotomía nos sitúa ante el denominado problema de la concurrencia de responsabilidades -contractual y extracontractual- y su compleja y discutida solución¹⁰⁴⁰ y, específicamente, ante la incidencia de las cláusulas de irresponsabilidad en los supuestos de cúmulo de responsabilidades.

La cuestión planteada menos repercusión tendría si se hubiese ofrecido unívoca respuesta a la validez de las cláusulas de irresponsabilidad en ambas disciplinas¹⁰⁴¹. Sin embargo, no ha sido así. Hemos sostenido la validez en línea de principio de la cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual, mientras que rechazamos la posibilidad de que se pudiera pactar anticipadamente acerca de las consecuencias indemnizatorias del ilícito extracontractual. Así las cosas, no resultará indiferente, en orden a los efectos de dichas cláusulas, la solución a la que se llegue acerca del problema.

¹⁰⁴⁰Sobre el tema, y en nuestra doctrina, vid. GARCÍA VALDECASAS, G., "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español", *R.D.P.*, 1962, p.831 y ss.; SÁNCHEZ VÁZQUEZ, J., "La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana", *R.D.P.*, 1972, p.965 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, M., "La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana...", op.cit., p.444 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual...*, op.cit.; BLANCO GÓMEZ, J., *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en el Derecho sustantivo español*, Madrid, Ed. Dykinson, 1996.

¹⁰⁴¹Sin la matización que supone la existencia de cláusulas restrictivas de responsabilidad en el contrato, el problema se concentraría en aquellas cuestiones para las que ambos regímenes de responsabilidad plantean soluciones diferentes, vgr. *quantum* resarcible (aplicación del artículo 1107 a la responsabilidad extracontractual), los plazos de prescripción de las acciones respectivas, etc.

En esta sede, tratamos de resolver casos como el que sigue: una de las cláusulas de un contrato de transporte permite al transportista la exoneración de su responsabilidad en el supuesto de que la mercancía no llegue en las condiciones adecuadas al punto de destino, siempre que de su parte no medie dolo o culpa grave. Tras el desembalaje de la mercancía se aprecian graves irregularidades en su estado, causadas seguramente por las deficientes condiciones de seguridad en el transporte. Ante estos hechos, se podría plantear la demanda por la vía de la responsabilidad extracontractual, entendiendo que los hechos constituyen infracción del artículo 1902 C.c. -incumplimiento del deber de seguridad, específico del *neminem laedere*- o por la vía de la responsabilidad contractual, fundamentándola en el incumplimiento propio del contrato de transporte, una de cuyas obligaciones es la de transportar la mercancía en buen estado hasta el lugar de destino. Ambas perspectivas serían factibles, dada la consideración dual que actualmente posee la obligación de seguridad, para algunos implícitamente incorporada al contenido contractual, para otros, concreción del deber de no dañar a otro¹⁰⁴². Sin embargo, y debido a que la validez de la cláusula de irresponsabilidad sólo es predicable en el ámbito de la responsabilidad obligacional, el acreedor no dudará en seguir la vía del 1902 C.c. sorteando así la exoneración pactada.

¿Convulsiona este planteamiento la bondad de una diferente respuesta acerca de la

¹⁰⁴²La obligación de seguridad, y asimismo la de diligencia, presentan contornos imprecisos que las hacen de difícil encuadre. GIORGIANNI (*La obligación*, op.cit., p.71) llega a afirmar que no se tratan de auténticas obligaciones, sino que están imbuidas en la categoría de deberes jurídicos en general, ya que no presentan una estructura similar a la de las obligaciones, son genéricas y no individualizan el sujeto activo. A pesar de ello, las tendencias doctrinales actuales se encaminan hacia la consideración de la obligación de seguridad como una obligación contractual ya que, aun siendo una obligación no pactada expresamente por las partes al concluir el contrato, se caracteriza por ser una prestación accesoria íntimamente ligada a la naturaleza del contrato según la buena fe (artículo 1258 C.c.), como puede ser el caso del ejemplo del texto: en el contrato de transporte la obligación pactada es la del traslado de la mercancía y se suele obviar la de garantizar su seguridad durante el trayecto, aunque se entiende implícita en aquélla (en especial sobre la obligación de seguridad en el transporte, vid., HUALDE MANSO, T., *El transporte de viajeros por carretera. Régimen de responsabilidad civil*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1995, p.138 y ss.). Esta postura, representada en nuestro país por JORDANO FRAGA (*La responsabilidad*..., op.cit., p.141 y ss.) e YZQUIERDO TOLSADA (*Responsabilidad civil contractual*..., op.cit., p.108 y ss.), entre otros, es heredera de una concepción ya asentada en Francia tanto doctrinal -VINEY (*Traité de Droit civil. Les obligations. Conditions*, París, Ed. L.G.D.J., 1988, p.597 y ss.); MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F. (*Traité théorique et pratique*..., op.cit., p.95)- como jurisprudencialmente desde mediados de siglo.

validez de las cláusulas de irresponsabilidad? ¿Puede en cualquier caso elegir el acreedor la vía procesal y burlar la cláusula pactada? ¿Estamos permitiendo, de esta forma, una excepción a la regla *pacta sunt servanda*?

Antes de contestar a las cuestiones planteadas, es preciso delimitar con rigor el supuesto de hecho: cuándo se puede hablar de concurrencia o cúmulo de responsabilidades. Siguiendo a GARCÍA VALDECASAS¹⁰⁴³, podemos nombrar como necesarios tres requisitos:

1º Que el hecho causante sea, al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general *neminem laedere*.

2º Que el perjudicado por efecto de la doble infracción sea el mismo sujeto, esto es, el acreedor contractual.

3º Finalmente, que la doble infracción contractual y extracontractual haya sido cometida por la misma persona.

Desde la doctrina científica se han invocado diferentes soluciones, de carácter jurídico-sustantivo, para hacer frente al problema de la concurrencia de responsabilidades, que sintéticamente pasamos a exponer.

La primera de ellas -la teoría de la incompatibilidad o no acumulación- es la que desencadena en la incompatibilidad de responsabilidades, bajo el presupuesto de la fuerza absorbente del contrato y, entonces, del principio de especialidad de la responsabilidad contractual frente a la aquiliana. La existencia entre las partes de un contrato y la calificación del hecho dañoso como incumplimiento de una de las obligaciones contractuales determinan que la responsabilidad que se genere entre los contratantes sea contractual, excluyéndose la

¹⁰⁴³Cfr. GARCÍA VALDECASAS, G., "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual...", op.cit., pp.834 y 835.

extracontractual.

Claro que el gran problema que presenta esta teoría es la catalogación de un hecho como incumplimiento contractual, extremo de enorme importancia ya que de él depende la automática aparición entre las partes de responsabilidad contractual. La jurisprudencia ha intentado resolver la cuestión con un criterio restrictivo, el de la "rigurosa órbita de lo pactado". Así, son muchos los pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo argumenta que "no es bastante que haya un contrato ente las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial"¹⁰⁴⁴.

Partiendo asimismo de una dualidad de fuentes en orden al nacimiento del ilícito civil, la teoría de la opción -también denominada teoría de la acumulación- llega a un resultado totalmente diferente. En virtud de esta tesis, se le va a conceder al dañado la posibilidad de elegir entre la vía contractual y la extracontractual para llevar a cabo su pretensión; puede acumular las acciones, ejercitándolas subsidiaria o alternativamente.

Como indica GARCÍA VALDECASAS, conferir al dañado la opción entre una y otra responsabilidad resulta "una manifestación más de un principio generalmente admitido en nuestro sistema jurídico, a saber, que cuando en el mismo hecho concurren los requisitos necesarios para el ejercicio de distintas acciones tendentes al mismo fin, el actor puede optar por el ejercicio de cualquiera de ellas"¹⁰⁴⁵. Así, el principio *pro damnato* y el de la norma más beneficiosa se han erigido como principales fundamentos de esta solución¹⁰⁴⁶, en tanto

¹⁰⁴⁴STS 9 de mayo de 1983. También vid., STS 10 de mayo de 1984; STS 10 de junio de 1991 (A.4434); STS 3 de octubre de 1991 (A.6902); STS 23 de mayo de 1991 (3784); STS 20 de julio de 1992.

¹⁰⁴⁵GARCÍA VALDECASAS, G., "El problema de la acumulación...", op.cit., p.836.

¹⁰⁴⁶Sin embargo, CAVANILLAS (*La concurrencia de responsabilidad...*, op.cit., p.145) ha criticado la virtualidad de tales principios para configurarse como únicos argumentos de la teoría de

que el dañado elegirá ante dos opciones la que más le favorezca, que será la que mejor ampare su pretensión resarcitoria.

Finalmente, se ha postulado con menos éxito la teoría del concurso de normas para resolver los casos de concurrencia de responsabilidades. Esta última solución nace desde una perspectiva totalmente diferente a las anteriores: la unidad de la pretensión resarcitoria. Para sus partidarios, abundantes en la doctrina alemana, no hay en realidad dos pretensiones diferentes, una sustentada en el incumplimiento contractual y otra en la vulneración del deber general de no dañar a otro, sino una sóla, fundamentada en la efectiva producción de un daño causado injustamente, sobre la cual convergen dos normativas diferentes. Ello determina que el dañado puede limitarse a ofrecer al juez los hechos y a solicitar la indemnización sin necesidad de calificarlos jurídicamente: es el Tribunal quien decide qué norma será aplicada al caso concreto con base en el principio *iura novit curia*¹⁰⁴⁷.

Lógicamente, esta teoría no ha conseguido en España muchos seguidores porque, a pesar del acercamiento progresivo de los dos regímenes de responsabilidad, en nuestro ordenamiento "se parte del presupuesto de que ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas diferentes"¹⁰⁴⁸.

En cuanto a la jurisprudencia, ésta no sigue una línea uniforme en sus resoluciones. De las sentencias citadas, que alegan que para acudir a la acción de responsabilidad contractual es necesario, además de la existencia de un contrato que la conducta antijurídica ocurra en la rigurosa órbita de lo pactado, podría desprenderse que, si se dan estas

la opción: "la simple aplicación del principio *pro damnato* no conduce sin más a la teoría de la opción sino, como mucho, a que al aplicarse la teoría de la no acumulación, la línea de la distinción entre los respectivos conceptos de responsabilidad contractual y extracontractual se trace teniendo en cuenta qué normativa favorece al dañado".

¹⁰⁴⁷Cfr. PANTALEÓN, F., "Comentario a la STS 26 de enero de 1984", *C.C.J.C.*, n°4, 1984, p.1264.

¹⁰⁴⁸YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad del profesional liberal...*, op.cit., p.217.

circunstancias, la responsabilidad contractual excluye a la extracontractual. Pero, asimismo, determinadas resoluciones han preferido acoger la tesis de la acumulación expresamente: "es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, siempre que el perjudicado por la doble infracción (contractual y extracontractual) sea la misma persona"¹⁰⁴⁹.

Sin duda la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia se podría resumir en confusión, vacilación, eclecticismo y, como puso de relieve CAVANILLAS MÚGICA¹⁰⁵⁰, sujeción al caso concreto. Como botón de muestra la STS 14 febrero 1994¹⁰⁵¹, en cuyo razonamiento se combinan sorprendentemente las tres teorías analizadas: "es doctrina comúnmente aceptada que la culpa contractual y la extracontractual responden a un mismo principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora comprendido en el concepto genérico que a la obligación de indemnizar asigna el art. 1106 del C.c. [...] de ahí que cuando un hecho dañoso viola una obligación contractual y, al mismo tiempo, el deber general de no dañar a otro, se produce una yuxtaposición de responsabilidades de la que surgen acciones diferentes que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una u otra[...]. Asimismo se entiende que cuando el actuar lesivo se produce en el cumplimiento material de un contrato, son de aplicación preferente los preceptos legales atinentes a la culpa contractual".

Analizada la situación doctrinal y jurisprudencial, y sin pretensiones de ofrecer una respuesta general a la compleja cuestión de la concurrencia de responsabilidades, hemos de señalar que, a nuestro juicio, el problema de la concurrencia de responsabilidades ante el caso concreto de las cláusulas restrictivas adquiere matices diferentes, que nos conducen a

¹⁰⁴⁹STS 30 diciembre 1980. En el mismo sentido, STS 5 julio 1983, STS 18 octubre 1983, STS 19 junio 1984, STS 13 octubre 1986, STS 3 febrero 89, STS 2 enero 1990, STS 7 febrero 1990.

¹⁰⁵⁰CAVANILLAS MÚGICA, S., *La concurrencia de responsabilidad...*, op.cit., p.127.

¹⁰⁵¹A.1468. En la misma línea, vid. STS 5 julio 1994 (A.5602).

concluir que la teoría más apropiada para resolverlo es la tesis de la incompatibilidad que aboga por la aplicación de la responsabilidad contractual en virtud del principio de especialidad. Y ello porque en estas hipótesis al margen del mentado principio de especialidad, puede invocarse, y quizás como argumento de mayor peso, el principio *pacta sunt servanda*.

En este sentido, si las partes, de mutuo acuerdo y dentro de los límites de la legalidad, valoran cuantitativamente el hecho del incumplimiento mediante la fijación del *quantum* indemnizatorio o han decidido que el deudor se libere de la responsabilidad a través de la estipulación de una cláusula de exoneración, conceder la facultad de opción de acciones al acreedor, tal y como propone la teoría de la acumulación y, consecuentemente, permitirle encauzar la demanda por la vía del artículo 1902 C.c., eludiendo así el acuerdo que él mismo ha consentido, sería como abrir una brecha en el principio *pacta sunt servanda* y poner en tela de juicio la obligatoriedad del contrato. Significaría, en otros términos, dejar al libre arbitrio de una de las partes -del acreedor en el momento de plantear la demanda- el cumplimiento de parte del contenido contractual transgrediendo el artículo 1257 del Código civil.

Y menos convincente aún nos parece la solución patrocinada por la teoría del concurso de normas, no sólo porque niega la dualidad de pretensiones resarcitorias sino porque, en el caso concreto que nos ocupa, abandona en manos del juez la elección de la normativa aplicable al supuesto dañoso dejando expedita, con tal elección, una peligrosa vía para la fiscalización judicial del contenido del contrato, y en particular para el control de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

En fin, en las hipótesis de contratos con cláusulas de irresponsabilidad no estamos ante diferencias de regímenes jurídicos que pudieran ser salvadas -porque un gran sector de la doctrina y jurisprudencia las considera casi absurdas- mediante técnicas analógicas, sino que nos encontramos ante pactos y cláusulas expresamente consentidas por las partes que deben ser respetadas, y ante las cuales el ordenamiento jurídico no puede reaccionar poniendo

trabas a su cumplimiento y accediendo a su transgresión. En palabras de PANTALEÓN, "¿Cómo pensar que el ordenamiento va a tolerar que el acreedor/dañado pueda escapar a las limitaciones de la responsabilidad contractual establecidas por la ley o convencionalmente pactadas, mediante el sencillo recurso de reclamar la indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual? ¿Cómo va a permitir que, indirectamente se prive con facilidad de sentido a sus normas limitadoras de la responsabilidad contractual, o que se vulnere el principio de que lo pactado es ley entre las partes?"¹⁰⁵².

Pues precisamente porque no toleramos tales vulneraciones, y en coherencia con la postura aquí mantenida acerca de la inviabilidad de las cláusulas restrictivas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y en virtud del principio *pacta sunt servanda*¹⁰⁵³, entendemos que las hipótesis planteadas han de solventarse mediante la teoría de la incompatibilidad: el eventual concurso de responsabilidades ante un mismo hecho dañoso ha de resolverse, cuando existan cláusulas restrictivas, concediendo prioridad a la responsabilidad contractual y aplicando así los artículos 1101 y siguientes del Código civil o, en su caso, las normas de responsabilidad contractual de carácter especial, para dar, de esta forma, juego a las peculiaridades convencionales.

¹⁰⁵²PANTALEÓN, F., "Comentario a la STS 10 de mayo de 1984", *C.C.J.C.*, nº5, 1984, p.1655.

¹⁰⁵³También para CAVANILLAS MÚGICA (*La concurrencia de responsabilidad...*, op.cit., pp.160 y 161) la autonomía privada de los contratantes ha de prevalecer en los casos en los que las partes hayan pactado ciertas cláusulas que afecten al resarcimiento del daño. Sin embargo, la solución a la que llega el autor es diferente a la nuestra porque parte de una premisa que no compartimos: la virtualidad de que dichas convenciones en general, y en particular las cláusulas restrictivas de responsabilidad, afecten a la responsabilidad aquiliana. Desde el momento en que "no existe óbice para que en el contrato se reglamenten hechos susceptibles de calificación extracontractual" y se vinculen a los mismos efectos ambos regímenes de responsabilidad, el único problema que plantea la existencia de convenciones de este tipo en un eventual cúmulo de responsabilidades es una cuestión interpretativa: averiguar si las partes han querido extender el régimen pactado a los hechos susceptibles de desencadenar responsabilidad extracontractual. Si es así, ha de prevalecer la voluntad contractual y tales peculiaridades convencionales han de tenerse en cuenta cualquiera que sea la vía elegida para plantear la demanda. Desde esta perspectiva, el principio *pacta sunt servanda* se respeta siempre, aunque dada la premisa de la que se parte, no compartida, su acatamiento no empece la elección de una vía u otra para el resarcimiento de daños.

3. EFICACIA FRENTE A TERCEROS

Aunque el efecto natural y normal de las convenciones concertadas entre particulares radica en vincular a las partes contratantes y a sus herederos, de acuerdo con el artículo 1257 del Código civil, en ocasiones la fuerza contractual se explaya hasta el límite de alcanzar a sujetos que no han participado en el contrato. De este modo, hay que tener en cuenta que el contrato, en general, y las cláusulas restrictivas de responsabilidad, en particular, pueden incidir sobre la esfera jurídica de los terceros -en el caso que nos ocupa, sobre la esfera de quienes no han convenido tales pactos de irresponsabilidad- dando lugar a lo que se ha denominado "eficacia indirecta o refleja del contrato en relación a terceros"¹⁰⁵⁴.

Los efectos respecto a terceros de las cláusulas restrictivas de responsabilidad se estudiarán, sin perjuicio de que acontezcan en más supuestos¹⁰⁵⁵, con relación a dos casos en concreto: la acción directa y las obligaciones solidarias.

¹⁰⁵⁴DÍEZ-PICAZO, L., "Comentario al art. 1257", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, op. cit., T.II, p.434. Este alargamiento de los efectos jurídicos del contrato, o en general, del negocio jurídico no fue óbice para que FERRARA SANTAMARÍA (*Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, Ed. Dott. Eugenio Jovene, 1939, p.26) pudiera seguir hablando del negocio jurídico *inter partes* como ente abstracto e inquebrantable. En otras palabras, la construcción abstracta del contrato como inoponible a terceros la consideraba correcta aunque advertía la eventual incidencia de éste en la esfera jurídica de los terceros, y ello porque tal incidencia o influencia o alargamiento la atribuía al plano de las consecuencias del negocio y no al plano del negocio jurídico en su existencia abstracta.

¹⁰⁵⁵También es posible que en la dinámica de la acción subrogatoria del artículo 1111 C.c. se produjesen las condiciones para que las cláusulas restrictivas de responsabilidad concertadas entre el deudor (A) y su respectivo deudor (B), fueran opuestas al acreedor (C) que, subrogándose en la posición de su deudor (A), le reclamara a C el pago de la deuda. La actuación del acreedor (C) en nombre de su deudor para reclamar el crédito al deudor de su deudor -extremo que la diferencia de la acción directa en la cual el acreedor actuaría de iure proprio- es circunstancia, además, que pudiera facilitar la oponibilidad de la cláusula de irresponsabilidad en la reclamación de C frente a B.

3.1. Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad y la acción directa

La acción directa, aquélla en virtud de la cual un sujeto puede reclamar la prestación del deudor de su deudor sin subrogarse en su posición jurídica, representa una de las excepciones al principio la eficacia *inter partes* de los contratos¹⁰⁵⁶. No regulada con carácter general en nuestro Derecho, está prevista, no obstante, en determinados ámbitos muy concretos, tanto en el Código civil como en leyes especiales. Así, dentro del primer cuerpo legal, los artículos 1551, 1597 y 1722 determinan la posibilidad de acudir a la acción directa por parte del arrendador, de aquéllos que ponen su trabajo y obra y del mandante, contra el subarrendatario, el dueño de la obra y el sustituto del mandatario, respectivamente. Por su parte, la Ley del Contrato de Seguro en su artículo 76 concede acción directa al perjudicado contra la Compañía de seguros y la nueva L.A.U., en el artículo 8, regula una eventual acción del arrendador contra el subarrendatario.

La diversidad de supuestos en los que se contempla la acción directa nos conduce a la primera característica de este recurso, cual es su profunda heterogeneidad. A pesar de la constatable variedad de ámbitos en los que la acción puede jugar, se han extraído ciertas notas comunes a la categoría de acción directa. Así, en palabras de PASQUAU LIAÑO, presenta los siguientes rasgos comunes:

¹⁰⁵⁶En este sentido GOUTAL (*Le principe de l'effect relatif du contrat*, París, Ed. L.G.D.J., 1981, p.45) la califica como una excepción a la regla de la relatividad del contrato, porque permiten a los terceros reclamar a uno de los contratantes el pago de todo o parte de lo que éste debe a la otra parte en virtud de un contrato. Asimismo PASQUAU LIAÑO (*La acción directa en el Derecho español*, Madrid, Ed. General del Derecho, 1989, p.21) señala que la acción directa parece ir en contradicción con "el principio de la relatividad de los contratos, art.1257.1 del Código civil, en cuanto que, en todos estos supuestos resultan vinculados (contractualmente) dos personas que, en un sentido estricto, son "terceros" entre sí, no son "parte" en el mismo contrato". No obstante GHESTIN, en la introducción a AA.VV., *Les effets du contrat à l'égard des tiers (Comparaisons franco-belges)*, dir. par J. GHESTIN y M. FONTAINE, París, Ed. L.G.D.J., 1992, p.38, matiza las afirmaciones precedentes. Así, pone de manifiesto que las acciones directas, al ser netamente creaciones jurisprudenciales, fueron admitidas en determinadas situaciones, sobre todo, por motivos de equidad. Desde esta perspectiva, sostiene que aquéllas constituyen no tanto excepciones sino *correcciones* al principio de la relatividad de los contratos.

"a) se trata de acciones de naturaleza contractual (o, más genéricamente, de naturaleza obligacional);

b) proceden de personas no vinculadas contractualmente entre sí;

c) como estructura común, en todas ellas se concede una pretensión (acción, derecho) a un acreedor contra el deudor de su deudor sin que se exija el ejercicio previo de la pretensión contra el propio deudor, y obrando el acreedor de iure propio, no por sustitución de su deudor, lo que comporta una alteración en los criterios generales sobre legitimación activa y pasiva"¹⁰⁵⁷.

Si bien se detectan estas notas comunes en las acciones que la doctrina califica como directas, el *modus operandi* no resulta el mismo en todos los casos. Se distinguen, podríamos decir, por su intensidad o fuerza, dos subespecies dentro de aquella categoría general: las acciones directas *perfectas*, cuyo único representante en nuestro ordenamiento jurídico es la del artículo 76 de la L.C.S., y las acciones directas *imperfectas*, que serían las restantes. Las primeras son aquellas "cuyo efecto conservativo característico, esto es, la inmovilización del crédito del deudor principal contra el subdeudor, opera desde el mismo momento del nacimiento del derecho a la acción directa" mientras que las segundas "sólo inmovilizan el crédito del deudor intermediario desde el momento de su ejercicio"¹⁰⁵⁸.

Una vez delimitada a grandes rasgos la acción directa, entramos en la cuestión principal que nos ocupa: determinar los efectos de las cláusulas de irresponsabilidad respecto a terceros, extremo que se constata especialmente en el régimen jurídico de aquella acción, en lo que concierne, sobre todo, al sistema de excepciones oponibles al acreedor.

Hemos señalado que mediante esta acción un acreedor (A) puede reclamar la prestación directamente del deudor de su deudor (C) sin necesidad de acudir a éste (B).

¹⁰⁵⁷PASQUAU LIAÑO, M., *La acción directa...*, op. cit., p.20.

¹⁰⁵⁸RODRÍGUEZ MORATA, F.A., "Comentario a la STS 29 de abril de 1991", *C.C.J.C.*, n°26, 1991, p.550.

Existen, entonces, dos relaciones jurídicas diferentes, una, entre A y B y otra, entre B y C. Supongamos que en la primera se ha convenido una cláusula de irresponsabilidad en favor de B, ¿hay posibilidad de que C, un tercero, haga uso de ella y la oponga ante la eventual reclamación de A? En caso de que la cláusula se pactara en el contrato que liga a B y C, en favor de este último, ¿podría oponerla ante A, un tercero, cuando éste lo demandara en virtud de una acción directa?¹⁰⁵⁹

Como se comprobará, una respuesta afirmativa a estas cuestiones nos llevaría a admitir la eficacia de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad respecto a terceros no vinculados con ellas. Y en efecto, en ambos supuestos es correcta la utilización por el sujeto demandado de la cláusula de irresponsabilidad.

El fundamento de esta solución se edifica sobre razones de pura lógica. En primer lugar, sería injusto que el acreedor obtuviese una prestación mayor del tercero reclamado que de su propio deudor, lo que ocurriría si C no pudiese hacer uso de la cláusula de irresponsabilidad que B tiene a su favor. Así, por regla general, el tercero puede oponer al acreedor todas las excepciones que le correspondiesen a B en caso de que éste fuese reclamado¹⁰⁶⁰. En segundo lugar, el subdeudor debe responder en los términos de su compromiso contractual: "sería ilógico hacer responder al subdeudor, por la vía contractual

¹⁰⁵⁹Esta última cuestión evoca el funcionamiento de la acción directa de la Ley del Contrato de Seguro. Los efectos frente a terceros de las cláusulas limitativas de la responsabilidad o de exclusión de ésta han dado lugar a una copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, quien, en una interpretación de los artículos 3 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro, ha señalado reiteradamente que: "Para que una cláusula limitativa de la responsabilidad de la compañía de seguros frente a terceros tenga virtualidad tiene que estar especialmente prevista en la póliza y requiere una específica y expresa aceptación de la misma por el interesado, como pacto adicional a las condiciones generales". Cfr. STS 26 de diciembre 1986, 18 de julio 1987, 6 de abril de 1988, 29 de abril 1991 - A.3061-, 10 de junio 1991-A.4434-, 16 de octubre 1992 -A.7827-, entre otras.

¹⁰⁶⁰Así, PASQUAU LIAÑO, M., *La acción directa...*, op. cit., p.90. Matiza, sin embargo, que "sólo las excepciones personales cuya efectividad dependa de la voluntad del deudor estarán vedadas para el subdeudor".

con mayor intensidad de la que respondería el deudor inmediato"¹⁰⁶¹ y, añadimos, ante el deudor inmediato¹⁰⁶².

Todo ello no es sino consecuencia del carácter contractual¹⁰⁶³ de la acción directa que implica una cierta comunicación entre el acreedor, deudor, y subdeudor, y que permite hablar, como señala STARCK¹⁰⁶⁴, de un doble límite en la efectividad de la acción. En primer lugar, que el titular de la acción directa no puede reclamar al subdeudor sino en la medida de su reclamación como acreedor principal; en segundo lugar, el titular de la acción no puede reclamar al subdeudor más allá de lo que éste le debe al deudor principal.

¹⁰⁶¹LÓPEZ FRÍAS, A.M., *Los contratos conexos (Estudio de los supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal)*, Barcelona, Ed. Bosch, 1994, p.228.

¹⁰⁶²El fundamento de la proyección de los efectos de las cláusulas de exclusión de la responsabilidad a terceros en la hipótesis de la acción directa goza de una formulación más amplia en el Derecho anglosajón a través de la "*doctrine of vicarious immunity*", confirmada en varios pronunciamientos de la *House of Lords*. En virtud de esta regla, cuando un contrato contiene una cláusula de irresponsabilidad cualquier empleado o agente que actúe bajo ese contrato puede valerse de esa cláusula que protege a su empleador o principal ante reclamaciones de los acreedores de éstos. Se procura, de esta forma, beneficiar de los efectos de la cláusula pactada a quienes se mueven en la órbita del contrato aunque no sean partes en sentido estricto del mismo. En este sentido, vid. *Chitty on contract*, op.cit., vol.1º, p.661.

¹⁰⁶³La naturaleza contractual de la acción directa ha sido confirmada, entre otros, por GOUTAL, J.L., *Le principe de l'effet...*, op. cit., p.48; JAMIN, C., *La notion d'action directe*, París, Ed. L.G.D.J., 1991, p.257. Así, este último señala rotundamente que "*le caractère contractuel des actions directes tant en paiement qu'en garantie ou en responsabilité, est incontestable; les unes comme les autres trouvent leur source dans le contrat originarie, ou plus largement dans le rapport d'obligation liant le débiteur intermédiaire du sous-débiteur, celui-ci la existence, l'étendu et les modalités de la dette du sous-débiteur, défendeur à l'action*".

¹⁰⁶⁴STARCK, B., *Droit civil. Obligations. Régime général*, 3ª ed., París, Ed. Litec, 1989, p.239.

3.2. La articulación de la cláusula restrictiva en la dinámica de la obligación solidaria

Un segundo supuesto en donde la cláusula de irresponsabilidad puede jugar ante terceros nos introduce en la ardua realidad de las obligaciones solidarias. VINEY¹⁰⁶⁵, ha propuesto la posibilidad de que los co-responsables solidarios de un deudor que ha obtenido el beneficio de una cláusula de irresponsabilidad, podrán oponer este pacto al acreedor que les reclame el cumplimiento de la obligación solidaria. Por lo tanto, el ejemplo constataría, una vez más, la proyección de efectos a terceros (los co-responsables solidarios) de la cláusula de exoneración o limitativa de responsabilidad.

No obstante, la afirmación de la profesora gala no se nos antoja tan nítida, y debe, a nuestro juicio, ser doblemente precisada.

En primer lugar, no parece muy riguroso otorgar la calificación de solidaria a la obligación cuyo cumplimiento está subordinado a condiciones diferentes para los deudores como las que derivan de la cláusula de no-responsabilidad. A pesar de que el artículo 1140 de nuestro Código civil consagra expresamente la denominada "solidaridad no uniforme o varia" (*"La solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones"*), también es cierto que la doctrina interpreta la norma considerando que "con respecto a cada uno de los sujetos pueden darse modalidades accidentales, determinaciones accesorias privativas, en el sentido de que unos estén afectados por ellas y otros no, y en el sentido también de que sean distintas"¹⁰⁶⁶,

¹⁰⁶⁵VINEY, G., *La responsabilité: effets*, op. cit., p.311. Indica literalmente que "[...] parmi les tiers, il convient de faire une place particulière à la catégorie des co-responsables solidaires ou in solidum du débiteur qui a obtenu le bénéfice de la clause d'irresponsabilité. Les personnes subissent en effet indirectement l'effet de la clause puisque le créancier leur réclame généralement ce qu'il a consenti à ne pas exiger du co-contratant qu'il a exonéré".

¹⁰⁶⁶HERNÁNDEZ GIL, A., "La solidaridad en las obligaciones", *R.D.P.*, 1946, p.412. Asimismo, ALBALADEJO (*Derecho civil*, op. cit., T.II, vol.1º, p.91) encuadra bajo la denominación de solidaridad no uniforme la existencia de plazos distintos, lugares para el pago diferentes e incluso "que unas obligaciones sean puras y otras condicionales". También Díez-PICAZO (*Fundamentos...*,

aludiendo, por lo general, a la existencia de plazos, términos o condiciones con referencia a alguno de los obligados.

Pero, ¿podríamos calificar de solidaria, aun no uniforme, una obligación que establece diferentes condiciones en la imputabilidad de los obligados?; ¿serían éstas, como señala HERNÁNDEZ GIL, meras "modalidades accidentales" o quebrantarían el espíritu de la solidaridad?

Algunos autores de nuestra doctrina se han pronunciado para negar la compatibilidad entre solidaridad y condiciones diferentes en la imputabilidad de los obligados. Así, CRISTÓBAL MONTES señala "que una cosa es que se deba bajo diferentes plazos o condiciones, de forma principal o subsidiaria, con o sin garantías, y otra, particularmente diferente, que, producido el incumplimiento de la obligación por imposibilidad sobrevenida de la prestación, los distintos deudores se desvinculen o no según cuál sea la causa que ha determinado ésta -refiriéndose así, a la culpa, caso fortuito...."¹⁰⁶⁷. Más sutilmente se enfrenta a la cuestión GUILARTE ZAPATERO, aunque parece finalmente inclinado hacia la solución negativa, cuando dice que "la modalidad de los distintos vínculos y consecuentemente las diferencias entre unos y otros no deben ser de tal entidad que supongan la desaparición de los efectos esenciales y propios de la esencia de la solidaridad [...] Es decir, cada acreedor o cada deudor, no obstante la existencia de circunstancias modales propias, debe estar en condiciones de poder exigir o de deber prestar las mismas cosas objeto

op. cit., T.II, p.204), señala dentro de la diversidad de vínculos los siguientes: plazos y condiciones distintas, fijación de lugares diferentes lugares para el pago, existencia con respecto a algún deudor de obligaciones de garantía o accesorias e incluso parece reconocer la posibilidad de que el importe de la deuda no sea idéntico. Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ (*Solidaridad en la fianza*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1985, pp.168 y ss.), advierte que "el art.1140 no supone una relajación en lo que concierne a los presupuestos esenciales de a solidaridad" por lo que "las modalidades convenidas no pueden suponer un quebrantamiento del principio de la unidad e identidad de la prestación, ni -por supuesto- de la facultad de reclamación indistinta".

¹⁰⁶⁷CRISTÓBAL MONTES, A., *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, Ed. Civitas, 1990, p.265.

de la obligación"¹⁰⁶⁸.

Así las cosas, una solución tajante, en uno o en otro sentido, no sería afortunada. El principio de unidad e identidad del objeto y de la prestación que define a las obligaciones solidarias parece incompatible con la existencia de condiciones de imputabilidad distintas para los deudores vinculados solidariamente, mas el artículo 1140 al establecer la solidaridad no uniforme no matiza el grado que pueden alcanzar la diversidad de vínculos, por lo que, *a priori*, sería osado descartar la posibilidad de algún deudor ostentase condiciones más beneficiosas en lo que respecta a la responsabilidad contractual.

Además, la facultad de remisión de la parte de la deuda que afecte a uno de los deudores solidarios concedida por el artículo 1146 C.c. al acreedor, permaneciendo intocable el vínculo con los demás, refuerza, en cierto sentido, la tesis de la convivencia en la misma obligación de condiciones diferentes en la prestación de la obligación (hasta el punto de permitir que uno de ellos sea condonado de la deuda)¹⁰⁶⁹.

En segundo lugar, y ya en el supuesto en que considerásemos factible la solidaridad, hay que cuestionarse la posibilidad de que las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad que afectasen a un deudor sean opuestas ante la reclamación del acreedor por los demás codeudores. Estamos ante el problema del régimen de las excepciones oponibles

¹⁰⁶⁸GUILARTE ZAPATERO, V., "Comentario a los artículos 1137 a 1140", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op. cit., T.XV, pp.248 y 249. Señala expresamente que "es discutida la posibilidad de limitar o ampliar los presupuestos ordinarios de imputabilidad en favor o en contra de los deudores" (p.248). También CAFFARENA LAPORTA ("Comentario al art.1140", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, op. cit., T.II, p.125) duda acerca de la posibilidad de una obligación solidaria con diferentes criterios de imputación en el cumplimiento. "En estos casos se plantea el difícil problema de determinar los efectos que produce en la obligación solidaria esa distinta vinculación de los deudores o con los acreedores. Para ello es preciso compaginar con el régimen de la solidaridad la eficacia propia de las circunstancias particulares que afectan a la posición que cada acreedor o cada deudor tiene en la obligación".

¹⁰⁶⁹Dice el artículo 1146 C.c.: "*La quita o remisión hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios, no libra a éste de su responsabilidad para con los codeudores, en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos*".

al acreedor.

El artículo 1148 del Código civil prescribe que: "*El deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables*".

Desde la consideración de las cláusulas de exoneración como excepciones personales del deudor que las ha suscrito llegaríamos a la conclusión de que aquéllas podrían ser utilizadas por los restantes codeudores ante la reclamación del acreedor, pero sólo en la parte de la deuda que le correspondería al primero (art. 1148 *in fine*).

Ésta es, a nuestro juicio, la solución más justa a la cuestión de la eficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en la dinámica de la obligación solidaria. Porque aun conscientes del principio de unidad de la deuda que debe presidir en todo momento la solidaridad de deudores, y a pesar de que "cuando un deudor solidario ostenta un acción personal, permitir que si es demandado otro de los deudores pueda éste acogerse a dicha excepción hasta el límite de lo que adeude internamente su titular puede provocar algún chirrido en la estricta solidaridad"¹⁰⁷⁰, lo cierto es que "no es intrínsecamente injusto ni

¹⁰⁷⁰CRISTÓBAL MONTES, A., "Excepciones oponibles al deudor solidario", *R.D.P.*, noviembre, 1990, p.874. La facultad que concede el artículo 1148 *in fine*, que supone la utilización por los codeudores de excepciones personales de otro deudor para así mitigar el importe de la deuda, ha sido objeto de dura crítica por cierto sector doctrinal, y es que, la verdad, como indica DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, op.cit., T.II, p.213), "introduce un elemento de parciariedad [en la deuda solidaria], pues su utilización no conduce a enervar o destruir la pretensión, sino a reducirla". La distorsión que pudiera suponer la mención de la norma ha conducido a PUIG FERRIOL ("Régimen jurídico de la solidaridad de deudores", en AA.VV., *Libro Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre*, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, vol.2º, p.460) a efectuar una "interpretación correctora" -inspirada en los antecedentes del artículo-, en el sentido de admitir como única excepción personal de uso común la compensación que corresponda a los demás codeudores, y siempre que sea sólo en la parte de la deuda en que aquéllos sean responsables.

No obstante, además de CRISTÓBAL MONTES, también MANRESA (*Código civil*, op.cit., T.8-1º, p.461) HERNÁNDEZ GIL ("La solidaridad...", op.cit., p.412), JORDANO BAREA ("Las obligaciones solidarias", en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, T.IV, p.4913) admiten sin problemas el uso de las excepciones personales de un

supone ninguna convulsión espectacular de aquélla, ya que, en realidad, *dicha cuota no se debe*¹⁰⁷¹. Lo que acontecería en estas hipótesis es, como ha puesto de relieve HERNÁNDEZ GIL, que "la división interna de la deuda -normalmente mantenida siempre dentro de este plano- es proyectada aquí hacia el exterior, con la obligada secuela de considerar las obligaciones como distintas"¹⁰⁷².

Por consiguiente, la cláusula restrictiva de responsabilidad que favorece sólo a un deudor puede ser oponible por los demás deudores ante la reclamación del acreedor, aunque su efectividad queda limitada a la parte de la deuda que le corresponda al deudor que la suscribió. Así, si existen tres deudores y uno de ellos ha sido beneficiado con la exoneración de su responsabilidad, ante una reclamación por incumplimiento del acreedor de 300 -la cantidad por la que responden todos solidariamente-, los otros dos deudores pueden beneficiarse de la exoneración de su codeudor y oponer la cláusula a la reclamación del acreedor pero en la parte en que le correspondería a aquél (100), por lo que la reclamación y el importe de la deuda se rebajaría a 200.

Esto es, la eficacia de la cláusula de exoneración, con más razón de la de limitación, cuando es utilizada por el codeudor solidario no tiene, por supuesto, el efecto exonerativo que provoca en el deudor que la ha suscrito sino que se reduce a provocar una rebaja en montante o *quantum* de la indemnización¹⁰⁷³.

deudor por los demás dentro de los límites de la norma, a no se trate de excepciones "personalísimas" (p. ej. incapacitación), las cuales son únicamente oponibles por el propio deudor.

¹⁰⁷¹CRISTÓBAL MONTES, A., "Excepciones oponibles...", op. cit., p.874. El subrayado es nuestro.

¹⁰⁷²HERNÁNDEZ GIL, A., "La solidaridad...", op. cit., p.412.

¹⁰⁷³Esta consecuencia es puesta de manifiesto por STARCK (*Droit civil. Obligations. Regime générale*, op.cit., p.83) para el supuesto de la remisión de la deuda consentida por el acreedor a uno de los deudores solidarios, que es calificada como "excepción personal de naturaleza mixta". A nuestro juicio, tal conclusión puede ser aplicada cuando se trata de cláusulas de exoneración de responsabilidad, dada los efectos similares de éstas -en definitiva, suponen la remisión de la deuda indemnizatoria a uno de los deudores-. Sin embargo, con referencia a la remisión parcial de la deuda, tampoco la doctrina española mantiene un acuerdo sobre su virtualidad para beneficiar a otro deudor

que no sea el condonado. DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, op. cit., T.II, p.219) se muestra, por ejemplo, totalmente contrario a que la remisión parcial afecte a los otros deudores: "el acreedor puede reclamar la totalidad de la deuda a los deudores no condonados. [...] La condonación de eficacia limitada es para los demás codeudores *res inter alios acta*". En sentido opuesto, vgr. JORDANO BAREA ("Las obligaciones solidarias", op. cit., p.4913): "La remisión parcial de la deuda que se hace sólo en favor de un deudor solidario, produce la total liberación del deudor beneficiado y da lugar a una excepción personal, de la que podrán servirse los demás deudores en la parte de deuda de que aquél fuera internamente responsable".

Capítulo II

INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1. LA NULIDAD PARCIAL COMO SANCIÓN DE LAS CLÁUSULAS QUE INFRINGEN LOS LÍMITES DE VALIDEZ

Desde el momento en que las cláusulas restrictivas de responsabilidad han traspasado los límites de la autonomía privada del artículo 1255 -"aquellos límites dentro de los cuales, y sólo dentro de los cuales, el ordenamiento jurídico considera tutelable una regulación autónoma de intereses"¹⁰⁷⁴- o han vulnerado los límites para la validez de la exclusión voluntaria de la ley aplicable (art.6.2 C.c.) o han incumplido los límites impuestos a los poderes jurídicos del artículo 7 del Código civil, merecen la calificación de actos contrarios a Derecho -de actos contrarios a las normas cogentes¹⁰⁷⁵-, sancionada en nuestro Derecho con la nulidad de pleno derecho, tal y como establece el artículo 6.3: "*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*".

Partiendo de la nulidad radical como sanción a las cláusulas ilícitas, y dada la dicción literal del artículo 6.3, que en todo caso habla de "actos" y no de pactos o cláusulas, debemos plantearnos la cuestión de si la nulidad (de pleno derecho) recae únicamente sobre la cláusula infractora o si afecta al negocio jurídico en su totalidad, o sea, al contrato en el

¹⁰⁷⁴DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., T.I, p.301.

¹⁰⁷⁵Cfr. PENA LÓPEZ, J.M., "Sobre el fundamento legal de la necesidad del carácter cogente en la norma contravenida", *A.C.*, nº19, 1990, p.241 y ss.

cual se ha insertado el pacto prohibido¹⁰⁷⁶.

En otras palabras, nos acercamos así al problema de la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de la nulidad parcial, como fórmula que resolvería el conflicto de la concurrencia en un mismo negocio jurídico de pactos válidos y pactos nulos¹⁰⁷⁷.

1.1. Fundamento jurídico

La figura de la nulidad parcial no está regulada con dimensión general en nuestro Código civil¹⁰⁷⁸. No obstante, existen ejemplos concretos en los que se permite conservar

¹⁰⁷⁶El problema, no obstante, resulta irrelevante en los supuestos en los que la cláusula de irresponsabilidad es único componente del contenido contractual, ya que en este caso coincidiría con el acto jurídico que, a tenor del artículo 6.3 C.c., recibiría la sanción de nulidad de pleno derecho.

¹⁰⁷⁷Estamos hablando de la nulidad parcial como aquélla que afecta a una parte del contenido del contrato, esto es, de la nulidad parcial en sentido objetivo, y no de la que en un contrato plurilateral ataca el vínculo de una de las partes, que sería la nulidad parcial en sentido subjetivo, tal y como matiza BIANCA (*Il contratto*, op.cit., p.599). En el mismo sentido, FUSARO, A., "La nullità parziale", en AA.VV., *Il contratto in generale*, dir. da G. Alpa e M. Bessone, op.cit., T.IV, vol.1º, p.403.

¹⁰⁷⁸Todo lo contrario acontece en países como Alemania, Italia o Portugal donde la nulidad parcial se regula en los Códigos civiles como sanción de ámbito general. Así, el parágrafo 139 del B.G.B. alemán, advierte que "*Si una parte del negocio jurídico es nulo, es nulo todo el negocio jurídico si no ha de entenderse que sería celebrado incluso sin la parte nula*". La norma autoriza la nulidad parcial del negocio, pero sólo en el caso de que se indague acerca de la voluntad de las partes. Son condiciones, además para la nulidad parcial en Derecho alemán: 1º) que exista un acto único y 2º) que tal acto sea divisible, de tal suerte que después de la eliminación de la parte nula el resto tenga valor como acto autónomo y separado. (PEDAMON, M., *Le contrat en droit allemand*, París, Ed.L.G.D.J. 1993, pp. 89-90). Por su parte, el artículo 1419 del C.c. italiano, declara que "*La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausule importa la nullità del'intero contratto si risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. La nullità di singole clausule non importa la nullità del contratto, quando le clausule nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*". El Código civil portugués regula asimismo en su artículo 292º la figura de la nulidad parcial en los siguientes términos: "*A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negocio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada*". Al igual que en nuestro país, Francia tampoco goza de regulación expresa de la figura en sede de Código civil, aunque tal ausencia no ha sido óbice para su aceptación como sanción de vocación general. La doctrina (por todos, vid. SIMLER, P., *La nullité partielle des actes juridiques*, París, Ed. L.G.L.J., 1969), apoyándose en el art. 1172 del *Code* (equivalente a nuestro art. 1116), hizo extensiva la solución de nulidad parcial de las condiciones

el negocio jurídico extrayendo de él únicamente las cláusulas viciadas. Así el artículo 641 advierte que la reversión de la donación en favor de tercero -que es nula- no producirá la nulidad de la donación; los artículos 737 y 767 admiten el mismo principio al concurrir determinadas cláusulas nulas en los testamento (se llega a hablar de nulidad parcial como principio general en materia testamentaria¹⁰⁷⁹); el artículo 1155 señala que la nulidad de la cláusula penal, enmarcada en un negocio jurídico, no lleva consigo la nulidad de la obligación principal; en el mismo sentido, los artículos 1260, 1328 y 1476, entre otros. Asimismo, y como veremos después, algunas leyes especiales han consagrado específicamente la nulidad parcial como sanción de las cláusulas nulas. Este es el caso, entre otras, de la LCU y de la Ley del Contrato de Seguro.

En efecto, el ordenamiento jurídico español, aun carente de regulación expresa, no es ajeno a la nulidad parcial. De otro lado, la jurisprudencia ha optado por aplicarla cuando se hallaba ante la presencia de un negocio jurídico con partes nulas, aun sin integrar uno de los supuestos concretos en los que el legislador preveía la figura. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas sentencias (30 de marzo de 1950, 11 noviembre 1955, 10 de octubre 1977, 26 de febrero 1983, 30 abril 1986, entre otras) sancionan las cláusulas o pactos ilícitos con la nulidad parcial, conservando el resto del negocio. La sentencia 22 de abril de 1988 es significativa a este respecto al señalar, a propósito de un contrato de compraventa, que "la nulidad del pacto donde se contravienen normas de carácter imperativo e inexcusable observancia no determina la de las demás estipulaciones válidas". A modo de conclusión de la tendencia jurisprudencial, la sentencia 24 de noviembre de 1984, confirma definitivamente el recurso a la nulidad parcial cuando afirma en su octavo Considerando que "hoy está admitida la posibilidad de la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio".

Aun partiendo de un hipotético voto favorable a la nulidad parcial por parte de la

prohibidas por el ordenamiento jurídico a las cláusulas viciadas de nulidad en un contrato.

¹⁰⁷⁹Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico", *A.D.C.*, 1961, p.828.

jurisprudencia, incluso en aquellos supuestos en los que la Ley no lo prevé expresamente, no sería éste argumento decisivo para sostener la sanción citada. Se impone, entonces, una reflexión acerca del fundamento jurídico de la nulidad parcial¹⁰⁸⁰.

Tres son los pilares sobre los que se ha elaborado la teoría de la nulidad parcial, en nuestro país, los cuales han sido reflejados en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1977¹⁰⁸¹. En primer lugar, "en la aplicación analógica, admitida por el artículo 4.1 del Código civil, de las numerosas normas concretas que imponen la validez parcial del negocio jurídico [...]". En segundo término, "en el principio general de derecho sobre la conservación del negocio jurídico, acogido por nuestro ordenamiento y proclamado por la doctrina legal establecida por las sentencias 30 de octubre de 1944 y 7 de noviembre de 1967". Finalmente, también encuentra su apoyo "en la jurisprudencia de esta Sala, que ha aplicado en numerosos casos la regla de la invalidez parcial".

De estos tres extremos, seguramente el más decisivo es el mencionado en segundo lugar. El principio de conservación de los contratos, cuya manifestación positiva se encuentra en el artículo 1284 del C.c., esboza una regla hermeneútica basada en los aforismos *magis valeat quam bereat* y *utile per inutile non vitiatur*¹⁰⁸² que permite proponer

¹⁰⁸⁰ Acerca de la nulidad parcial en nuestra doctrina, vid., GÓMEZ MARTINHO FAERNA, A., "La nulidad parcial de los negocios jurídicos", en AA.VV., *Estudios de Derecho privado*, dir. por A. Martínez Radio, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1962, p.338 y ss.; PALOMEQUE GÓMEZ, M.C., *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1975; DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.; GORDILLO CAÑAS, A., "La nulidad parcial del negocio con precio ilegal", *A.D.C.*, 1975; LÓPEZ FRÍAS, A., "Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español", *A.D.C.*, 1990 RUIZ MUÑOZ, M., *La nulidad parcial del contrato y la defensa del consumidor*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 1993; ; GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, Actualidad Ed., 1995.

¹⁰⁸¹ STS 10 de octubre de 1977 (A.3895).

¹⁰⁸² El principio de conservación de los contratos es un principio de tradición romanista, recogido en numerosas leyes romanas -*lex Sancimus* (D.8.54.34), *lex Graece* (D.46.1.8,7), *lex Placuit* (D.22.1.29), entre otras- a través del cual los juristas romanos efectuaban una interpretación correctora de los actos y negocios jurídicos que contravenían los límites establecidos por las leyes en base al razonamiento según el cual "nunca debe viciarse lo útil por lo inútil en los casos en los que se estipule en contra de lo establecido por las leyes que imponen límites, porque no cabe reprobarse

simultáneamente una validez y una nulidad parciales. Según esta regla, ya estudiada en sede interpretativa, se trataría de salvar, en la medida de lo posible, el negocio jurídico y tender, en un posible conflicto eficacia *versus* no eficacia, hacia la producción de efectos. Como sostiene JORDANO BAREA, "el Código presupone que las partes han querido que el contrato tenga alguna eficacia antes que ninguna"¹⁰⁸³, o en otras palabras "el legislador parte del principio incuestionable de que, al contratar, las partes no quisieron jugar, sino que a ciencia y conciencia buscaron una finalidad y un objetivo concreto"¹⁰⁸⁴.

En este sentido, y como "la interpretación de todo contrato debe conducir a evitar su ineficacia"¹⁰⁸⁵, la existencia de alguna cláusula viciada de nulidad en un negocio jurídico no implicaría necesariamente la nulidad total del negocio sino la nulidad parcial de la cláusula con el fin de amparar el principio *favor negotii*.

Al lado de estos argumentos claramente propicios a la nulidad parcial, se erige un obstáculo a su aplicación: el propio artículo 6.3 del Código civil, para el cual "*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*".

Y es que un análisis de este precepto ha conducido a algunos autores a la conclusión

todo el contrato sino solamente aquella parte que está inficcionada". Cfr. MARÍN PADILLA, M.L., *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos "utile per inutile non vitiatur"*, Barcelona, Ed. Bosch, 1990, p.132.

Este principio fue asimismo recogido en las Partidas (Partida 6ª, Ley 8ª, tit.III; Ley 1ª, tit.II, y Partida 5ª, Ley 9ª, tit.IV) en materia de testamentos y donaciones.

¹⁰⁸³JORDANO BAREA, J., "La interpretación de los contratos", op.cit., p.330.

¹⁰⁸⁴CANO MATA, A., "La interpretación de los contratos civiles", A.D.C., 1971-I, p.198. Se configura así como un principio hermenéutico inspirador del ordenamiento jurídico, lo cual va a reducir para PALOMEQUE LÓPEZ (*La nulidad parcial...*, op. cit., p.32) su utilización al campo de la interpretación por lo que "cualquier extensión de la noción fuera del área de la interpretación negocial, efectuada a través de una generalización de supuestos de hecho, es tarea inviable, habida cuenta de que estos aspectos no son correctamente referibles, en pura técnica jurídica, al principio de conservación, ya que no participan de su naturaleza y razón".

¹⁰⁸⁵Cfr. STS 10 de marzo 1920.

de que al ser la sanción de nulidad parcial un "efecto distinto", sólo cabría predicarla cuando la ley contravenida hubiese previsto específicamente dicha sanción. Esto es, el "efecto normal" de la contravención de una norma imperativa o prohibitiva es necesariamente la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico -considerado como unidad-. La nulidad parcial, como "efecto distinto", debe, por tanto, ser expresamente contemplada en la norma contrariada para imponerse a la nulidad total. Entonces, la admisión de la sanción de nulidad parcial pasaría por el hecho de estar específicamente regulada en la ley, lo que implica que los únicos supuestos de nulidad parcial tolerados por el ordenamiento jurídico corresponderían a los designados inicialmente.

De esta opinión es BONET CORREA, que tras calificar de erróneas las posiciones interpretativas que integran la nulidad parcial en el artículo 6.3 C.c., señala que "desde ahora, no caben más opciones que la nulidad de pleno derecho u otras menores concretamente dispuestas por la ley específica; la nulidad parcial es un producto del arbitrio judicial"¹⁰⁸⁶.

También RAMS ALBESA y O'CALLAGHAN utilizan similares argumentos para frenar el avance de la nulidad parcial como sanción de carácter general. El primero indica que la contravención de una norma prohibitiva o imperativa que no diga nada acerca del efecto del acto contrario determina la nulidad de pleno derecho del contrato en su totalidad, en cuanto que es la única solución que respeta el artículo 6.3 C.c.¹⁰⁸⁷. O'CALLAGHAN incide en la misma idea: "En el contrato, a diferencia del testamento, no cabe en principio la nulidad parcial. Es decir, que la nulidad de un acto o cláusula lleva consigo la de todo

¹⁰⁸⁶BONET CORREA, J., "Los actos contrarios a las leyes y sus sanciones", *A.D.C.*, 1986, p.325. "El artículo 6.3 C.c. precisa claramente cuándo los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas son nulos de pleno derecho y cuándo no lo son si en ellas se establece un efecto distinto del de aquella nulidad de pleno derecho".

¹⁰⁸⁷Cfr. RAMS ALBESA, J., "Comentario a la STS 20 de mayo de 1985", *C.C.J.C.*, nº, 1985, p.?

el contrato. Cabe tan sólo la nulidad parcial en aquellos casos en que lo dispone la ley"¹⁰⁸⁸.

Frente a estas posiciones negadoras de la admisión de la nulidad parcial cuando ésta no se haya previsto expresamente en la ley contravenida, cabrían los siguientes argumentos:

1º A nuestro juicio, la nulidad parcial tendría cabida, como señala GARCÍA AMIGO, en la fórmula genérica del artículo 6.3 C.c.¹⁰⁸⁹, sin constituir un "efecto distinto" al que hace referencia la norma. Dos razones podrían justificar esta postura: una interpretación extensiva del término "actos" del art.6.3 y la propia *ratio* de la norma.

En efecto, frente a una interpretación estricta del término "actos" como alusiva al negocio jurídico -y más concretamente al contrato- como unidad, considerando que las cláusulas que lo componen no poseen estrictamente la categoría de acto al estar impregandas por la nota de subordinación, y cuyo resultados sería que la sanción, independientemente de donde recaiga la infracción, abarcaría al acto, a la totalidad del negocio jurídico, se propone una interpretación extensiva del término, abogando por un significado amplio de la noción "acto", entendiéndola referida no al acto complejo y perfecto del contrato sino a cada uno de los actos componentes del mismo: a cada cláusula o pacto que conforma la unidad superior.

Esta interpretación, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo¹⁰⁹⁰, que

¹⁰⁸⁸O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. y PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial*, 2ªed., Madrid, Ed. Centro de Estudio Ramón Areces, 1993, p.1020.

¹⁰⁸⁹Cfr. GARCÍA AMIGO, M., *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, Ed. Mc Graw Hill, 1995, p.331.

¹⁰⁹⁰Entre otras, STS de 29 de abril de 1924, 1 de marzo de 1934, 6 de octubre de 1953, 27 de mayo y 29 de octubre de 1949, 8 de abril y 28 de enero de 1958 y 8 de octubre de 1963 (que, en realidad, interpretan el antiguo artículo 4 del Código civil correspondiente al actual art. 6.3). En el mismo sentido la sentencia 29 de octubre de 1990 (A.8265) indica, ya al hilo del art. 6.3, que "el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que debe ser interpretado no con criterio rígido, sino con criterio flexible, por lo que no es posible admitir que toda

ha sugerido la utilización de "criterios flexibles" en la aplicación del artículo 6.3 C.c., es, a nuestro juicio, compatible con la *ratio* del precepto. En realidad, es ese acto singular - la cláusula- la que contraviene la norma imperativa, y la que debe merecer la sanción de nulidad de pleno derecho, sin necesidad de extenderse, la nulidad, a las demás cláusulas contenidas en el negocio jurídico; lo inválido no tiene por qué viciar lo válido¹⁰⁹¹.

En esta línea, si la nulidad de pleno derecho es una sanción caracterizada por su especial gravedad y ésta se aplica cuando el acto contraría frontalmente la norma imperativa o prohibitiva -como señala ALBALADEJO, "la nulidad no se produce por cualquier disconformidad o por cualquier omisión de lo que la ley preceptúe"¹⁰⁹²-, el hecho de que un negocio contenga una sola cláusula contraria a la ley -si el resto es válido- reclamaría una sanción más flexible o más leve por parte del ordenamiento jurídico, que sería la nulidad parcial.

Precisamente DE CASTRO, refiriéndose al antiguo artículo 4 del Código civil, decía: "el artículo 4, hasta por su mismo origen histórico, repudia los actos dirigidos contra la ley, no todos los actos no conformados según los preceptos legales. Ello explica que se admita la eficacia más o menos amplia, como convalidables o parcialmente válidos [...]. El caso más llamativo es el de la nulidad parcial de los negocios jurídicos, por la que se mantiene la validez de un negocio, no obstante la nulidad de parte de su contenido, reconstituyéndose el negocio con aquella otra parte que es conforme a la ley"¹⁰⁹³.

2º Pero, aun considerando la nulidad parcial como un "efecto distinto", tal y como

disconformidad con una ley cualquiera haya de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad [...] "(F.J.3º).

¹⁰⁹¹ Así, DÍEZ-PICAZO ("Eficacia e ineficacia...", op. cit., p.828) señala, como otra posibilidad, la de considerar "que el negocio jurídico, una de cuyas partes es ineficaz, debe continuar siendo eficaz en lo restante y llenar en lo posible la función económica perseguida por las partes".

¹⁰⁹² ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, op.cit., T.I-1º, p.184.

¹⁰⁹³ DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, op.cit., p.537.

lo hacen los autores citados, tampoco compartimos la necesidad de que la norma contravenida contemple de forma expresa el efecto distinto a la nulidad de pleno derecho para que pueda ser aplicada¹⁰⁹⁴. Antes bien, bastaría con que el efecto distinto se dedujera de una adecuada interpretación de la norma contravenida de acuerdo con su espíritu y finalidad (art.3.1 C.c.), aunque no se especificase en ella, porque, como dice DELGADO, "el art.6.3 C.c. nos dice tan sólo -aunque ello sea de gran importancia- que no es necesario que una norma señale expresamente la invalidez de los actos a ella contrarios para que pueda apreciarse tal invalidez; pero no evita la necesaria interpretación de cada norma al objeto de precisar su alcance y objeto"¹⁰⁹⁵.

En definitiva, nos inclinamos por la admisión en nuestro Derecho de la nulidad parcial, no sólo cuando ésta esté expresamente prevista en la ley sino además cuando, no siendo establecida, pueda llegarse a ella de acuerdo con una interpretación de la ley que considere la finalidad y espíritu de la misma; entendiendo que, en general, será sanción preferible¹⁰⁹⁶ ante la existencia de una cláusula nula en un contrato válido ya que, como señala DÍEZ-PICAZO, "parece más conforme con el artículo 1258 C.c. como consecuencia natural conforme a la buena fe contractual y a las reglas de la equidad"¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁴Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, op.cit., T.I-1º, p.182 (aunque para este autor el efecto distinto ha de ser la validez, en otro caso será posible la compatibilización de sanciones). Lo mismo ocurría con arreglo al antiguo art.4 C.c., acerca del cual la jurisprudencia señalaba que la validez del acto nulo (que sustituía al actual "efecto distinto") no hacía falta que se estableciese textual o expresamente: STS 19 de octubre de 1944; STS 7 de diciembre de 1961; STS 8 de octubre de 1963; STS 26 de noviembre 68.

¹⁰⁹⁵DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Ineficacia e invalidez de los contratos", en LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho...*, op.cit., T.II-1º, p.566. También vid. CARRASCO PERERA, A., "Comentario al art.6.3", op.cit., p.821 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.456.

¹⁰⁹⁶Por supuesto ello acontecerá siempre que se den lo requisitos para su aplicación. En sentido semejante, GARCÍA AMIGO (*Teoría general de las obligaciones...*, op.cit., p.331): "La nulidad parcial cabe en la fórmula genérica del artículo 6.3 C.c. y, en base al principio de la conservación de la eficacia de los contratos, considero es preferente, en la duda, la nulidad parcial sobre la total -sin perjuicio de que en cada caso en concreto no resuelto legalmente juegue fundamentalmente al respecto la divisibilidad o indivisibilidad del contrato".

¹⁰⁹⁷DÍEZ-PICAZO, L., "Eficacia e ineficacia...", op. cit., p.829.

1.2. Requisitos

Aun admitida la sanción de nulidad parcial en nuestro Derecho, nos queda por determinar cuándo podemos acudir a ella. No se trata de salvar a toda costa el contrato¹⁰⁹⁸, y se deben, por lo tanto, establecer unos requisitos para su proceder.

Dos son las condiciones mínimas que aconseja SANTOS BRIZ¹⁰⁹⁹ para que se pueda optar por la nulidad parcial. En primer lugar, han de concurrir en todo caso los elementos indispensables del negocio jurídico, una vez extraída la cláusula o cláusulas nulas. Esto significa que el vicio no puede recaer en un elemento esencial del contrato, sino en uno accidental o accesorio¹¹⁰⁰, sin que afecte, por tanto, a la estructura total y unitaria del negocio¹¹⁰¹.

En segundo lugar, propone el autor citado la necesaria divisibilidad del contenido del negocio. Este requisito es confirmado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1957, cuando señala que será posible decretar la nulidad parcial sólo cuando los extremos del negocio "no estén íntimamente vinculados ni en relación de recíproca dependencia".

¹⁰⁹⁸Cfr. JORDANO BAREA, J., "La interpretación...", op. cit., p.330.

¹⁰⁹⁹SANTOS BRIZ, J., *Contratos civiles y mercantiles...*, op.cit., p.198 y ss. Los requisitos sugeridos por el autor son plasmados exactamente por la STS 30 de abril de 1986: "condición esencial para la subsistencia parcial es que concurren los elementos esenciales para la existencia del contrato, y aparte de esta concurrencia de elementos dicha nulidad parcial requiere que el contenido del negocio sea divisible, de tal suerte que una vez separada la parte nula quede un resto que pueda subsistir como negocio jurídico independiente [...]".

¹¹⁰⁰En este sentido, vid. DÍEZ-PICAZO, L., "Eficacia e ineficacia...", op. cit., p.829; RUIZ MUÑOZ, M., *La nulidad parcial y la defensa de los consumidores*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 1993, p.103. No es fácil, sin embargo, determinar la accesoriedad o esencialidad de los pactos contenidos en un contrato. Como señala DELGADO ECHEVARRÍA ("De la nulidad de los contratos", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, op. cit. T.XVII, vol.2º p.289), es patente la relatividad de tales conceptos. Esta problemática es estudiada exhaustivamente por FERRI, G.B., en "Volontà del privato e volontà della lege nella nullità del negocio giurídico", *Riv. Dir. Comm.*, 1963-II, p.271 y ss.

¹¹⁰¹DÍEZ-PICAZO, L., "Eficacia e ineficacia...", op.cit., p.829.

Generalmente por ello se habla de la nulidad parcial de las cláusulas del negocio, si bien entendidas no en un sentido estricto o técnico sino como "parte elemental de un contrato y elemento divisible del mismo"¹¹⁰².

La exigencia de estos requisitos no posee en ningún caso carácter gratuito. La nulidad parcial podrá constituirse en una sanción útil para las partes, en tanto en cuanto el negocio jurídico afectado por ella pueda realizar la función económico-social para el que fue concebido y el propósito práctico entre las partes¹¹⁰³. A tales exigencias se deben sujetar las cláusulas limitativas de la responsabilidad para que se pueda proceder a declarar la nulidad parcial, conservando el contrato (por lo general, dichas cláusulas gozarán de los dos caracteres nombrados).

Consiguientemente, desde el punto de vista técnico es suficiente que el vicio recaiga en un elemento accidental del contrato y que el contenido de éste sea indivisible para poder acudir a la nulidad parcial. El resto del contrato podrá subsistir sin la cláusula viciada, y producirá los efectos jurídicos oportunos.

Se ha advertido, no obstante, la necesidad de tener en cuenta la voluntad de las partes. La extirpación de una o varias cláusulas viciadas de un contrato, provocan una alteración en el contenido de aquél y paralelamente una mutación en la voluntad inicialmente plasmada por los concelebrantes del negocio. Las partes pueden no desear que el negocio produzca los efectos jurídicos en virtud de la sanción de nulidad parcial, porque esos efectos no han sido los inicialmente previstos por ellas. Se intuye, entonces, la necesidad de ahondar en la voluntad (real o hipotética) de los contratantes para averiguar sus preferencias (nulidad

¹¹⁰²Cfr. FUSARO, A., "La nullità parziale", op. cit., pp.411 y 412. La jurisprudencia italiana ha experimentado una evolución en el sentido expuesto, esto es, ampliando el concepto de "cláusulas" del artículo 1419 del C.c. para así poder comprender otras realidades similares aunque no técnicamente idénticas.

¹¹⁰³Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., "Eficacia e ineficacia...", op. cit., p.829.

parcial o nulidad total)¹¹⁰⁴.

Se produce, como señala DÍEZ-PICAZO, una "tensión entre el principio de autonomía privada y el llamado principio de conservación", en la que debe preponderar el principio de autonomía privada "pues imponer la reglamentación contractual mutilada es imponer una reglamentación contractual que ya no es autónoma"¹¹⁰⁵. Precisamente es en la voluntad de las partes donde se fundamenta, en último término, el recurso a la nulidad parcial porque, como ha destacado la doctrina y muchas resoluciones jurisprudenciales, aquélla debe tratarse de una operación de interpretación del contrato como aglutinador de voluntades¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁴El recurso a la voluntad de los contratantes para apuntalar definitivamente la nulidad parcial está expresamente plasmado en el artículo 1419 del C.c. italiano y en el parágrafo 139 del B.G.B. alemán. Ambas normas consagran la nulidad parcial voluntaria: en el supuesto en que las partes no hubieran celebrado el contrato sin la cláusula viciada, la nulidad será total. Un gran sector de la doctrina italiana se inclina por la denominada *tesi volontaristica*, que apuesta por la voluntad de las partes y por su constatación de forma expresa y real como parámetro indicador. En este sentido, vid. CRISCUOLI: *Nullità parziale del negozio giuridico. Teoria general*, Milano, Giuffrè Ed., 1959 y GANDOLFI, G., "Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto", en AA.VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, Ed. Cedam, 1992, T.I, pp.436 y 437.

No obstante, otro sector científico advierte la necesidad de tener en cuenta criterios más objetivos que puedan evitar enriquecimientos injustos y para prescindir del elemento psicológico en la determinación de la nulidad parcial. Así ROPPO ("Nullità parziale e giudizio di buona fede", *Riv. Dir. Civ.*, 1971-I) reclama la consideración de la buena fe para proceder a la aplicación o no de la nulidad parcial. En la misma línea CASELLA (*Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, Giuffrè Ed., 1974, p.31) señala que la aplicación de los art. 1418 y 1419 debe ir referida a una estructura jurídicamente relevante e individualizada a través de criterios objetivos, lo cual no excluye la voluntad de las partes, pero confirma la necesidad que esa se realice a través de esquemas o estructuras objetivizadas. Vid. también SACCO, R., *Il contratto*, Torino, Ed. Torinese, 1975, p.862 y ss.; SARACINI, E., *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, Giuffrè Ed., 1971, p.23 y ss.

Creemos que precisamente en esta línea se expresa el artículo 767 del nuestro Código civil al señalar que: "*La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita a no ser que del testamento resulte que el testador no habria hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa*".

¹¹⁰⁵DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., T.I, p.456.

¹¹⁰⁶Así, GORDILLO CAÑAS, A., "La nulidad parcial del negocio con precio ilegal", *A.D.C.*, 1975, p.189; MARÍN PADILLA, M.L., *El principio de conservación...*, op. cit., p.103 y ss. Precisa la autora que al hablar de voluntad de los particulares no se refiere "a su más pura concepción subjetiva-voluntarista, sino a una manifestación de voluntad que nunca podrá ser el cauce, ni legitimar

Sin embargo, las cosas cambian cuando la nulidad parcial resulta de la infracción de una norma imperativa dictada para proteger a uno de los contratantes. En estos casos, la doctrina entiende que la sanción ha de ser *necesariamente* la nulidad parcial¹¹⁰⁷, excluyéndose, por lo tanto, cualquier valoración de la voluntad de los contratantes a efectos de extender la nulidad a todo el contrato.

La nulidad parcial imperativa acontece generalmente ante determinadas normas de orden público económico que establecen ciertas medidas para proteger a los contratantes débiles. La infracción de estas normas mediante la inserción en los contratos de cláusulas que obvian las medidas vendría sancionada en todo caso con la nulidad parcial sustituyéndose automáticamente la cláusula nula por la normativa imperativa excluida. Se produce, en palabras de GORDILLO, "la sustitución de la voluntad de los contratantes por la voluntad legal"¹¹⁰⁸, porque, en definitiva, en estos supuestos, el fundamento de la nulidad no es

su ejercicio contrario a la buena fe [...]". Entre otras resoluciones jurisprudenciales que han profundizado sobre el valor de la voluntad en la nulidad parcial -STS 10 noviembre 1955, STS 4 marzo 1975, STS 10 octubre 1977, 24 noviembre 1983- destaca la STS 4 de marzo de 1975 que señala que "la cuestión de si la nulidad de una parte determina a validez de todo el negocio jurídico, por tener que apreciarse si los intervinientes no lo habrían realizado sin la parte nula, envuelve, a falta de una previsión concreta de la ley, un problema de interpretación del negocio".

En la doctrina francesa, SIMLER (*La nullité partielle...*, op. cit., pp. 10 y 11) destaca precisamente el recurso a la voluntad de las partes, aun a pesar de que en el Code français no existe tratamiento al respecto, ya que no corresponde a los tribunales modificar la relación contractual o la voluntad unilateral de los autores del acto amputando ciertas partes o reduciendo ciertas prestaciones. Así, introduce el correctivo de la autonomía de la voluntad en la definición que ofrece de nulidad parcial: "*La nullité partielle est la sanction qui se réalise par la suppression dans l'acte d'un élément vicié ou par la réduction d'un quantum excessif et qui, lorsque cela est conforme à l'intention des parties, laisse subsister l'acte lui-même*".

¹¹⁰⁷En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.457; DELGADO ECHEVARRÍA, J., "Ineficacia e invalidez de los contratos", op.cit., p.567; DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.494; LÓPEZ FRÍAS, A.M., "Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español", *A.D.C.*, 1990, p.857.; RUIZ MUÑOZ, M., *La nulidad parcial...*, op.cit., p.106.

¹¹⁰⁸GORDILLO CAÑAS, A., "La nulidad parcial de los contratos...", op. cit., p.123. Fue en el ámbito de los contratos con precio ilegal, y más concretamente en aquellos de venta de viviendas oficiales en los que el precio no era el previsto reglamentariamente, donde la nulidad parcial se consideró seriamente a nivel jurisprudencial. Sentencias como las de 27 de noviembre de 1984 (A.5665), 3 de diciembre 1984 (A.6023), 14 de enero 1985 (A.173), 10 de marzo 1986 (A.1170), 22 de abril 1988 (A.3275), 15 de febrero 1991 (A.1442), 24 de junio 1991 (A.1613), entre otras,

tanto la voluntad de las partes como una razón de utilidad pública que aconseja la adopción de tal medida.

Una vez más se observa la influencia del orden público, del nuevo orden público económico, en la regulación de los intereses de los contratantes. Como ha señalado FARJAT¹¹⁰⁹, la nulidad parcial imperativa resulta una característica, una consecuencia del orden público económico. Si bien normalmente éste juega un papel negativo, en el sentido que se limita a prohibir, resultándole indiferentes las consecuencias de la prohibición, en lo que concierne a la nulidad parcial, el orden público persigue una finalidad positiva, ya que en la primera fase anula y en la segunda rectifica, revelando, así, que la prohibición misma no es un fin sino un medio, un instrumento de política económica y social¹¹¹⁰. Ante estas circunstancias el orden público no se limita a restringir la libertad de los particulares, sino que interviene en ella y es el instrumento de una política legislativa, con un carácter extraordinariamente dinámico.

En términos similares se expresa DE CASTRO cuando habla de la existencia, dentro de la categoría genérica de la nulidad parcial, de lo que ha denominado "nulidad parcial para evitar el fraude de ley" (de ley imperativa) cuya observancia, en su caso, resultaría obligada porque, en otro caso, las ventajas que determinan aquellas normas para los contratantes débiles "quedarían muertas si con la imposición de una cláusula o condición ilícita, se

conformaron una doctrina, seguida de modo uniforme en el Alto Tribunal y en las Audiencias Provinciales, según la que "la nulidad del pacto donde se contravienen normas de carácter imperativo e inexcusable observancia no determina las de las demás estipulaciones válidas que en los contratos de compraventa se contienen" (STS 22 abril 1988, F.J.3º).

No obstante, es preciso matizar que pese a esta reiterada doctrina se han localizado pronunciamientos recientes que ponen en tela de juicio la oportunidad de la ineficacia parcial. Así, la STS de 3 de septiembre de 1992 (A.6882), no acoge la nulidad parcial del sobreprecio por considerar, entre otras razones, que el precio es una cláusula esencial sobre la que no puede pesar aquella sanción que únicamente cabe en las cláusulas accesorias. En este sentido, vid. RUBIO TORRANO, E., "El sobreprecio en la compraventa de viviendas de protección oficial", *Ar. Civ.*, 1993-I, pp.1869-1883.

¹¹⁰⁹Cfr. FARJAT, G., *L'ordre public économique*, op. cit., p.468.

¹¹¹⁰SIMLER, P., *Le nulité partielle...*, op. cit., p.12.

podiera reservar la parte más fuerte la posibilidad de terminar, cuando quisiera, la relación contractual"¹¹¹¹.

1.3. La nulidad parcial como sanción general para las cláusulas nulas

Analizado, en términos generales, el problema de la nulidad parcial en el Derecho, es preciso proceder a la aplicación de la tesis en la hipótesis concreta de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad. Hemos visto que la sanción de nulidad parcial, aun carente de regulación general, es una categoría ya aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y perfectamente accesible en los supuestos en los que la parte viciada de nulidad sea un elemento divisible y accidental del negocio.

De este modo, cuando las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil contravengan los límites establecidos por el ordenamiento jurídico para su validez, se considerarán nulas, sin que esta nulidad afecte, en principio, al contrato en el que estén insertas.

Sin embargo, el problema que se nos plantea ahora es determinar si la sanción de la nulidad parcial debe aplicarse imperativamente o, por el contrario, si el intérprete ha de tener en cuenta la voluntad de las partes para averiguar si de ésta se desprende la nulidad parcial o la total (ya que, como vimos, el recurso a la voluntad de las partes ha de jugar en la aplicación de la nulidad parcial). En otras palabras, es preciso comprobar si estamos ante un supuesto de nulidad parcial voluntaria o si realmente la infracción de los límites de validez

¹¹¹¹DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., p.494. A esta idea se suma DE LOS MOZOS (*El negocio jurídico. Estudios de Derecho civil*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1987, p.593). Sin embargo, este autor opina que, en las hipótesis de imperatividad de la nulidad parcial, "la figura de la nulidad parcial se diluye, y viene a confundirse, en algunos casos, con lo que se ha denominado la conversión legal, considerada como técnica del Derecho de reforma". En estos supuestos no estaríamos, continúa DE LOS MOZOS, ante un verdadero caso de conversión "ni se produce en ellos el simple mecanismo de la nulidad parcial, por tener lugar una sustitución de cláusulas o efectos que es extraña no sólo al fenómeno de la nulidad parcial, o de la conversión, sino también al principio de la conversión de la voluntad negocial en el que ambas instituciones se inspiran".

estudiados por los pactos restrictivos de responsabilidad se incardina en el supuesto estudiado como "nulidad parcial para evitar el fraude de ley", porque así concluiríamos con la preceptiva sanción de nulidad parcial ante cláusulas de irresponsabilidad extralimitadas.

En definitiva, la cuestión radica en decidir si, ante la existencia de una cláusula nula restrictiva de responsabilidad en un contrato, la voluntad de las partes puede impedir la aplicación de la nulidad parcial o, si por el contrario, la nulidad parcial se aplicará en todo caso, siempre que sea posible.

Tres argumentos parecen conducirnos a la necesidad de la nulidad parcial ante una cláusula restrictiva de responsabilidad viciada de nulidad.

En primer lugar, la propia dicción literal del artículo 1102 del Código civil -"*la renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula*"- deja entrever la opción por la nulidad parcial. La norma no califica de nula la obligación, como bien pudiera hacerlo, que contenga la renuncia de su acreedor a exigir la responsabilidad en el supuesto de dolo, sino que sólo declara nula la renuncia, la cláusula o parte que la contenga. Se desmarca, así, el legislador la solución aportada a otras hipótesis en las que sí ha considerado que la nulidad de una parte vicia o contagia de nulidad a la obligación, como en los supuestos de los artículos 1115 y 1116 C.c., en los que la condición nula ya por depender de la exclusiva voluntad del deudor ya por ser imposible, o contraria a las buenas costumbres o a la ley sí provoca la nulidad total de la obligación.

El porqué de la oportunidad de la nulidad exclusiva de la renuncia a la acción y no de la totalidad de la obligación o contrato nos conduce a la exposición del segundo argumento: la *ratio* no sólo del artículo 1102 C.c. sino de todos los límites impuestos a las cláusulas de irresponsabilidad.

La imposición de los límites por el legislador a la autonomía de las partes para fijar sus propias reglas de responsabilidad responde a la tutela del crédito y, en particular, al

intento de conceder una mínima protección al acreedor contractual. La prohibición de la irresponsabilidad en caso de incumplimiento doloso del deudor se traduce en un mecanismo de defensa para el acreedor, en un mínimo prestacional que el ordenamiento jurídico considera insalvable. Pero, la defensa de este mínimo prestacional quedaría sin sentido si la Ley amparase la posibilidad de que, ante la existencia de una cláusula nula, el deudor pudiera desvincularse del cumplimiento de la obligación debido a la nulidad total de ésta.

Esta idea ha sido confirmada por algunos autores. En este sentido, BESSONE considera que la nulidad total en las hipótesis de cláusulas de irresponsabilidad extralimitadas, puede resultar contraria a la misma *ratio* del artículo 1229 del Código civil italiano: *"la conseguente inesistenza del rapporto obbligatorio consentirebbe al debitore inadempiente di ottenere ugualmente -seppur per via diversa dall'operare della clausole di esonero- il beneficio della irresponsabilità. Sembra pertanto più coerente al sistema legislativo privilegiare comunque la soluzione della nullité (limitata alla sola clausole di esonero e perciò) parziale"*¹¹¹². Por su parte, VINEY además de considerar ciertamente excepcional que una cláusula de este tipo aparezca como *"condition impulsive et déterminante"* del contrato -lo cual impediría la nulidad parcial- incide en la idea apuntada: la nulidad total del contrato implicaría un efecto diametralmente opuesto al que es solicitado por la parte que invoca la nulidad de la cláusula¹¹¹³.

Finalmente, en tercer lugar, el artículo 1102 y las demás normas que limitan la facultad de las partes a establecer cláusulas de irresponsabilidad pueden ser insertadas dentro del denominado orden público de protección, que pretende amparar las posiciones jurídicas de ciertos sujetos considerados "débiles" desde la perspectiva contractual. Este dato es más fácilmente aprehensible en determinadas normas (LCU, LCS, ET...) en las que claramente se protege a categorías sociales (consumidores, asegurados, trabajadores...) que pueden ser

¹¹¹²BESSONE, M., "Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità...", op. cit., p.338.

¹¹¹³VINEY, G., *La responsabilité: conditions*, op.cit., p.301. En el mismo sentido, MAZEAUD, H., L., J., y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique...*, op.cit., nº2562.

objeto de abusos por parte del otro contratante. Pero, sin duda, también en los contratos negociados entre iguales se rebelaría como parte débil aquel acreedor que tuviera que soportar una cláusula de irresponsabilidad total; en este supuesto, el ordenamiento jurídico reacciona preventivamente para que no surja la desprotección.

Todo ello corrobora la idea de que la nulidad parcial para las cláusulas de no responsabilidad resulta no sólo conveniente sino imperativa ya que, en otro caso, la protección concedida al acreedor, al consumidor etc. quedaría sin sentido.

Precisamente la imperatividad de la sanción de nulidad se consagra legislativamente para las cláusulas insertas en condiciones generales, para aquéllas contenidas en los contratos de seguros, y en el contrato de trabajo, entre otros supuestos¹¹¹⁴.

El primer párrafo del artículo 10.4 de la LCU declara que *"serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos"*, como medida claramente tuitiva de los intereses de los adherentes que, en otro caso, verían decaer todo el contrato con la sólo existencia de una cláusula nula que, además, no ha sido redactada por ellos.

La misma sanción se atribuye a las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados que no cumplan los requisitos que la Ley señala, con la especialidad de prevista en el último párrafo del precepto que advierte que *"declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la*

¹¹¹⁴La Ley 22/94 de 7 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, no contempla expresamente la sanción de nulidad parcial porque no es una Ley que esté enfocada hacia la necesaria presencia de un contrato, sino que regula la responsabilidad civil del productor con independencia de la relación que una a éste con el perjudicado. No obstante, el tenor literal del artículo 14 habla de ineficacia de cláusulas y nunca de ineficacia del contrato, en su caso. En el Derecho marítimo, tanto la L.T.M. de 1949 (art.10) como los Convenios internacionales que hemos estudiado (art.41 del convenio de Ginebra de 1956, art.23 del Convenio de Varsovia de 1929 y art.18 del Convenio de Atenas de 1974) consagran la *sanción de nulidad parcial* para las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad, insistiendo en que tal nulidad no llevará aparejada la del contrato.

Administración pública competente obligará a los asegurados a modificar las cláusulas contenidas en sus pólizas"¹¹¹⁵.

Obligada es, asimismo la referencia a la nulidad parcial en el contrato de trabajo, que se presenta como una categoría consagrada en el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores: *"Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número 1 del artículo 3º de esta Ley*"¹¹¹⁶.

Nos queda señalar, que esta tendencia ha sido recogida por el Borrador de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de diciembre de 1996, que también propone, en su artículo 7, la nulidad parcial como sanción ante las cláusulas que no cumplan los requisitos que prescribe la Ley, puntualizando, en el artículo 9, que *"la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la no incorporación de las mismas no determinará la nulidad total del contrato"*.

Una última cuestión podría plantearse en esta sede. Hemos considerado que las cláusulas restrictivas de responsabilidad, cuando infringen los límites a los que el ordenamiento jurídico las somete, son nulas de pleno derecho, en virtud del artículo 6.3 del

¹¹¹⁵Con ello se concede un efecto *ultra partes* a las sentencias del Tribunal Supremo, que declaren nulas las cláusulas de los contratos de seguro -siempre que medie la intervención de la Administración pública- superando, así, los efectos limitados característicos de las decisiones judiciales. A pesar de la innovación que supone, "debe abandonarse todo recelo de posible inconstitucionalidad de la norma, sobre la base del aparente poder normativo que recibe la jurisprudencia del T.S, en realidad lo que hace la norma es tomar a la sentencia del T.S. como un hecho jurídico del que deriva, como un mero efecto colateral, la reseñada obligación de la Administración pública" (EMBID IRUJO, J., "El consumidor ante el Derecho de seguros...", op. cit., p.260). Cabe advertir, por último, que el efecto señalado solamente puede aplicarse ante cláusulas idénticas, lo cual pone en duda su verdadera virtualidad.

¹¹¹⁶La acogida de la nulidad parcial en el contrato de trabajo responde no sólo al carácter tuitivo inspirador de la legislación social sino, y sobre todo, a la importancia jurídica-económica que posee en el ámbito laboral la conservación del contrato. Sobre esta cuestión (referida al antiguo art.10.1º L.C.T.), vid.: PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1975.

Código civil. Y ello porque la infracción de los límites de la autonomía privada se constituye en uno de las hipótesis paradigmáticas de la sanción de nulidad de pleno derecho¹¹¹⁷.

No obstante, podría suscitarse una duda razonable acerca de la aplicación de esta sanción en el caso concreto de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, y en consecuencia, podría plantearse la posibilidad de la conveniencia de otro tipo de ineficacia, en particular, de la anulabilidad.

La duda de la aplicación de la nulidad radical y la conveniencia de la anulabilidad se explica por la conjunción de dos razones.

En primer lugar, por la *ratio* de los límites de las cláusulas restrictivas de responsabilidad que, según hemos visto en numerosos pasajes, caería dentro de la órbita del orden público de protección. En efecto, el ordenamiento jurídico ha considerado la oportunidad de sancionar las cláusulas de irresponsabilidad movido por el principio de tutela del crédito y del acreedor de la obligación y, asimismo, por el principio de protección del contratante débil, principio al que responden numerosos límites de las cláusulas consagrados en leyes especiales (es el caso, *vgr.* del arrendatario en la legislación especial arrendaticias, del adquirente de la vivienda en el art.1591 C.c.), cuyo máximo exponente es el principio de protección al consumidor de rango constitucional y responsable de la prohibición de estas cláusulas en el ámbito de la Ley de consumidores, de la Ley del contrato de seguro, de la Ley de viajes combinados, etc.

En segundo lugar, por la naturaleza de la acción de anulabilidad, la cual "se caracteriza inicialmente por ser un medio jurídico puesto por la ley a disposición de determinadas personas para facilitar la protección de concretos intereses que se consideran dignos de tutela jurídica, de manera que se deja al arbitrio de una de ellas la decisión final

¹¹¹⁷Por todos, vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.447.

en torno a si el contrato va a ser o no válido"¹¹¹⁸. De esta forma, la anulabilidad se mueve en la esfera del orden público de protección: "precisamente porque está diseñada para proteger a una de las partes contratantes frente a otra"¹¹¹⁹. Debido a este carácter, la legitimación activa se reduce en esta acción al protegido y no se le concede posibilidad de pedir la nulidad del negocio a quien no se considera digno de protección y amparo (art.1302 C.c.); como señala DE CASTRO, "la regulación de la anulabilidad ha partido de una tajante contraposición de los papeles atribuidos a cada contratante"¹¹²⁰.

Y esto sin olvidar otro argumento a favor de la anulabilidad: la postura de GORDILLO¹¹²¹, quien la concibe como la regla o forma normal de la ineficacia del contrato. Al moverse, básicamente, el contrato en el terreno de lo disponible, la sanción para los contratos ineficaces ha de ser la anulabilidad, caracterizada por su relatividad -en favor de la parte contractual protegida- y por su disponibilidad -en función de la voluntad e interés de la misma. Siendo la regla general la anulabilidad, la nulidad del contrato será una excepción, que se producirá "a través de esa cuña de imperatividad que representan los artículos 1305 y 1306 C.c."¹¹²².

Así las cosas, se puede plantear la conveniencia de extender el ámbito de aplicación de la anulabilidad a las cláusulas restrictivas de responsabilidad con la intención del conceder

¹¹¹⁸DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.460.

¹¹¹⁹DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Ineficacia e invalidez de los contratos", op.cit., p.574.

¹¹²⁰DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.507.

¹¹²¹GORDILLO CAÑAS, A., "Nulidad, anulabilidad e inexistencia (el sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda codificación)", en AA.VV., *Centenario del Código Civil*, op.cit., T.I, p.935 y ss.

¹¹²²GORDILLO CAÑAS, A., "Nulidad, anulabilidad e inexistencia...", op.cit., p.980. Posición que nos parece excesiva, ya que desvirtuaría el propio enununciado del artículo 6.3 C.c., al sentar como ineficacia del acto contrario a la ley la nulidad total y no la anulabilidad. En este sentido, vid. PENA LÓPEZ, J.M., "Sobre el fundamento legal de la necesidad del carácter cogente...", op.cit., p.241 y ss. También en contra de la postura de GORDILLO, DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Ineficacia e invalidez de los contratos", op.cit., p.574, aunque reconoce la tendencia expansiva de la anulabilidad dentro de ciertos ámbitos.

especial protección al sujeto perjudicado por esta cláusula en la relación jurídica. Éste elegiría si le conviene anularla o, por el contrario, si prefiere no hacerlo, con la especialidad de que el que no está perjudicado por ella no tendría legitimación para anularla. El perjudicado llevaría la iniciativa de la ineficacia.

En este sentido, CLAVERÍA señala, con relación al artículo 10.4 LCU: "Parece, pues, que la Ley de 1984 fija una nulidad radical; pero, atendiendo a lo complejo de su fundamento (orden público económico, salvaguardia de la competencia, protección de los contratantes débiles, protección de la libertad de consentimiento, búsqueda de la justicia material del contenido de los contratos y del equilibrio de las posiciones de las partes, moralización de las relaciones jurídico-económicas, etc.), cabría plantearse, si, de *iure condendo*, no convendría otro modelo de invalidez: anulabilidad clásica, figura mixta entre nulidad y anulabilidad que reúna las ventajas de una y otra, etc."¹²³.

Sin embargo, ya en el ámbito de la LCU ya en el ámbito del Derecho común, creemos que no es posible sustentar jurídicamente la anulabilidad como sanción de las cláusulas restrictivas de responsabilidad que infringen los límites analizados. A nuestro juicio, hay razones suficientes -y no sólo la dicción del art.10.4- para seguir manteniendo la

¹²³CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L.H., "Comentario al art.10.4", op.cit., p.340. Recientemente, PASQUAU LIAÑO (*Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, Ed. Civitas, 1997) ha puesto de relieve como la jurisprudencia en ocasiones tiende a matizar las diferencias entre las dos categorías de nulidades -la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad- en ciertos casos en los que pudiera no ser acertado el régimen de legitimación o de plazos de la acción de nulidad. Así, propone una reflexión crítica acerca de la concepción bipartita de las nulidades, que pudiera afectar precisamente a la sanción de las cláusulas objeto de estudio. "El carácter absoluto de la nulidad, con el corolario de una legitimación abierta a todo interesado, propicia acciones de nulidad interpuestas por quien ha creado conscientemente o propiciado el vicio invalidatorio del contrato [...] En definitiva, una acción de nulidad abierta a la protección de intereses que difícilmente pueden ser considerados como merecedores de protección" (Ibidem, p.136). La cuestión de la amplitud legitimatoria que concede la acción de nulidad pudiera no ser acorde con la finalidad que se procura con la nulidad de las cláusulas de irresponsabilidad y pudiera, en definitiva, favorecer a quien ha redactado la cláusula. Este inconveniente fue ya puesto de manifiesto por LÓPEZ SÁNCHEZ ("Las condiciones generales...", op.cit., p.650) quien señalaba, en el ámbito del artículo 10 LCU, que la legitimación para invalidar la cláusula debiera corresponder exclusivamente al adherente, ya que "la legitimación del predisponente se aviene mal con la finalidad tuitiva del legislador".

conveniencia de la aplicación de la nulidad radical al caso analizado. Son las siguientes:

1º La especial gravedad de contravención que suponen estas cláusulas, en tanto que excluyen la eficacia de la norma imperativa, congeniaría con la especial gravedad de la sanción de nulidad.

2º La expresa opción del legislador de 1984 por la nulidad de pleno derecho para las cláusulas prohibidas en condiciones generales de contratación (art.10.4 LCU) -ámbito en el que, como vimos, se habla de la conveniencia de la anulabilidad- impide sostener de *lege data* la anulabilidad como sanción de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil en este sector.

3º La protección de los intereses del contratante (que es lo que nos puede suscitar la duda a favor de la anulabilidad), sea consumidor o no, resultaría, además, más eficaz a través de la nulidad automática, ya que, así, evitaría tener que soportar la carga de llevar la iniciativa en la acción de nulidad: la constatación de la contravención implicaría la nulidad de oficio. Y ello porque nos resulta ciertamente difícil imaginar que un acreedor, consumidor o no consumidor, prefiriese convalidar, por no ejercitar la acción de anulabilidad, una cláusula de irresponsabilidad en lugar de proceder a su invalidez.

2. OTRO TIPO DE INEFICACIA PARA LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD: LA ANULABILIDAD PARCIAL

Hasta ahora hemos analizado el supuesto, probablemente más común, de la ineficacia de las cláusulas restrictivas: la nulidad parcial a raíz de la contravención de los límites imperativos que el ordenamiento jurídico impone para su validez.

Pero es posible que las cláusulas restrictivas de responsabilidad sean ineficaces porque en ellas concurren otro tipo de causas invalidatorias. Nos estamos refiriendo a la hipótesis

de que sobre ellas recaiga alguna causa de anulabilidad de los artículos 1300 y siguientes del Código civil.

En efecto, es perfectamente factible que sobre la cláusula restrictiva -y sólo sobre ella- recaiga algún vicio invalidatorio del consentimiento (que exista una causa de incapacidad sólo respecto a la cláusula nos parece casi imposible, al no requerir éstas una capacidad especial), lo cual nos conduciría a predicar la anulabilidad parcial, como sanción en estos casos. El principio de la conservación del negocio jurídico resulta, al igual que para la nulidad parcial, fundamento para abogar no por la ineficacia total del negocio en el que se encuentre inserta la cláusula sino por la ineficacia parcial de la misma.

No obstante, dada la naturaleza de las causas de anulabilidad -en lo que a nosotros nos afecta, de los vicios de consentimiento- pudiera revestir más complicación el predicar la anulabilidad parcial como sanción de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Aunque este tipo de ineficacia ha sido aceptada por un buen número de autores¹¹²⁴, existe algún pronunciamiento jurisprudencial que considera ciertamente difícil aislar el vicio de

¹¹²⁴Ha sido expresamente aceptada por DELGADO ECHEVERRÍA ("Ineficacia e invalidez de los contratos", op.cit., p.586), quien la configura como un supuesto de ineficacia parcial en atención a la voluntad de las partes: "el fenómeno de la limitación de la ineficacia a una parte o cláusula, permaneciendo intacto el resto, es compatible con aquellas dos modalidades típicas de la invalidez: la cláusula o parte inválida puede serlo, por ejemplo, por infringir una norma imperativa (nulidad, entonces, de pleno derecho), pero también por error que recae exclusivamente sobre la misma (anulabilidad)". También la aceptan, en nuestra doctrina, GÓMEZ MARTINHO FAERNA, C., "La nulidad parcial en los negocios jurídicos", op.cit., p.339; LÓPEZ FRÍAS, A., "Clases de nulidad parcial del contrato...", op.cit., p.865; GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La nulidad parcial del contrato*, op.cit., p.38; si bien este último limita considerablemente su ámbito de actuación, como veremos. En contra de su admisibilidad, se pronuncia MARÍN PADILLA (*El principio general de conservación de los actos...*, op.cit., p.114): "Tampoco es posible, según mi opinión, que la nulidad parcial pueda aplicarse a supuestos de anulabilidad, porque una cosa es que se anule todo un vínculo jurídico, por falta de capacidad o de consentimiento de una parte en un negocio jurídico pluripersonal, y otra, muy distinta, que pueda aplicarse la nulidad parcial en el caso de que el consentimiento esté viciado con relación a una determinada cláusula, estipulación, obligación o pacto". No obstante, parece reconocer al final la posibilidad al declarar que "esta posibilidad me parece una elaboración puramente teórica, sin posibilidad de que pueda aplicarse a la práctica". En la doctrina italiana, es de significar el artículo de G. CRISCUOLI en el que se admite sin problema la anulabilidad parcial del negocio, "Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà", *Riv.Dir.Civ.*, 1964-I.

consentimiento a una parte del negocio jurídico.

En este sentido, la STS 4 de diciembre de 1986¹¹²⁵, en la que se dilucidaba la posibilidad de anular una parte de un contrato de compraventa, señala que aun dada la existencia de vicio de consentimiento en esa parte, "la nulidad pretendida ha de ser de todo el acto o contrato, sin que puedan individualizarse por separado las distintas obligaciones dimanantes de un solo acto y estimar viciadas unas sí y otras no, sin que quepan nulidades parciales, por lo que no cabe que se declare nulo por vicio del consentimiento la parte del acuerdo de [...], sin que se solicite ninguna petición sobre las demás estipulaciones del mencionado acuerdo que estima válidas"; continuando la sentencia: "la nulidad parcial se predica de aquellos contratos en que algún pacto resulte contrario a la ley y siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula; supuesto distinto del que el recurso trae a la consideración de esta Sala, ya que en él la alegada nulidad emanaría de vicios de la voluntad negocial, la que no es imaginable o resulta sumamente arriesgado escindir para preservar una parte de la voluntad no afectada por aquéllos o referible a determinadas cláusulas y no a todas".

Por supuesto, el mayor inconveniente de la admisibilidad de la anulabilidad parcial consiste en que la causa de anulación se limite a una parte o cláusula del negocio, sin que contagie a la totalidad del mismo. Sin embargo, aunque pudiera ser una hipótesis menos habitual, no consideramos ni mucho menos imaginable, como decía el Tribunal Supremo, que, por ejemplo, el error recaiga solamente sobre una de las cláusulas del negocio, permaneciendo intacto el resto. Si esto es así, en virtud del principio *utile per inutile non vitiatur*, la invalidez afectará sólo a la parte viciada, predicándose, entonces, la anulabilidad parcial.

Precisamente, la STS 24 de noviembre de 1983¹¹²⁶ admite, en un supuesto de error,

¹¹²⁵ A.7219.

¹¹²⁶ A.6499.

la anulabilidad parcial de un convenio modificativo de un contrato de compraventa, sin anular el contrato en su integridad. Apreciado el error del artículo 1266 C.c. sólo en lo que afectaba al convenio mencionado, el Tribunal Supremo declaró la invalidez del mismo, "sin que por ello tuviera necesidad de declarar la nulidad del contrato [...] dado que hoy está admitido, doctrinal y jurisprudencialmente la posibilidad y compatibilidad de la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio, nulidad que, por otra parte, y en punto a la causada por error en el consentimiento, ha de ser apreciada teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio, y la buena fe [...]".

Expuesto el problema y sin descartar *a priori* la concurrencia de otras causas de anulabilidad, podemos decir que la anulabilidad parcial de las cláusulas restrictivas de responsabilidad se podría producir, sobre todo, en los casos de vicio del consentimiento a causa de error y dolo.

Con referencia al error como causa de anulabilidad (parcial) del artículo 1266 C.c., es preciso, en primer lugar, que recaiga sólo en la cláusula de irresponsabilidad. Una vez aislado y comprobado que el resto del contrato no está afectado por el vicio -en cuyo caso procedería la anulabilidad total-, se debe analizar si concurren los requisitos para considerar al error vicio invalidante, pero procediendo con respecto a la cláusula restrictiva, es decir, considerándola aisladamente; esto es, valorando la existencia del error con respecto a la declaración de voluntad de las cláusula restrictiva.

De esta forma, la creencia inexacta que representa el error se ha de valorar respecto de un dato que determine el motivo principal del negocio¹¹²⁷, pero del negocio que constituye la cláusula de exoneración de responsabilidad y no del negocio principal, porque de ella es de la que se va a predicar la concurrencia de una voluntad viciada.

¹¹²⁷Cfr. DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.111.

Se trataría, en otras palabras, de aplicar el artículo 1266 C.c. al negocio jurídico de exclusión de responsabilidad, concluyendo que "*Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato [de la cláusula restrictiva de responsabilidad], o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo [a suscribir la citada cláusula]*". Estaríamos ante un supuesto de error parcial que afecta a una parte del contrato y que con respecto a esa parte - a la cláusula restrictiva- ha de ser, como cualquier error invalidante, excusable -medida la excusabilidad en términos de diligencia media¹¹²⁸- y esencial, es decir, ha de afectar al objeto o a las circunstancias esenciales de la cláusula que se va a invalidar.

Esta posición se enfrenta con la mantenida con algún autor que, pese a reconocer la viabilidad de la anulabilidad parcial en el caso de error, reduce su ámbito de operatividad al considerar que "el requisito de la esencialidad, parece, en principio, excluir su virtualidad como causa de ineficacia parcial, pues aunque recayese únicamente sobre una de las cláusulas o pactos que integran el contenido total del negocio, o afecte sólo a una porción o parte del objeto negocial, para que el error sea relevante como vicio de la voluntad e invalide el negocio, debe tener tal entidad (esencialidad) que de no haberlo sufrido el sujeto no habría celebrado el negocio, lo que, en definitiva, supone que el error hará ineficaz el contrato mismo"¹¹²⁹.

Sin embargo, como ya señalamos, no compartimos esta tesis. Como indica CRISCUOLI (precisamente rebatiéndole a DALMARTELLO idéntico posicionamiento), que el vicio parcial de voluntad relativo a una parte escindible del contenido negocial tenga carácter esencial para esta parte y carácter incidental con respecto al negocio en su totalidad

¹¹²⁸DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.184.

¹¹²⁹GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La nulidad parcial del contrato*, op.cit., p.39. Debido a esta postura, el autor sólo considera como única hipótesis de error que pueda determinar una ineficacia parcial "la constituida por un negocio con una pluralidad de objetos que son separables unos de otros, y en la que el error viciante afecta únicamente a uno de los objetos que integran el objeto total del negocio". En sentido similar, MARÍN PADILLA, M.L., *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos...*, op.cit., p.114.

no excluye que tal vicio parcial pueda considerarse como esencial para la parte escindible del contenido negocial y, por lo tanto, de manera autónoma como causa de su invalidez. En otras palabras, no se puede decir que con la admisión de la anulabilidad parcial del contrato se viola -como parece insinuar GÓMEZ DE LA ESCALERA- el requisito de la esencialidad del error que debe afectar al entero negocio, ya que el vicio parcial si es esencial -para esa parte que pretende invalidar- implicaría la invalidez de la parte del negocio viciada y, al no ser esencial para el negocio entero, dejaría intacto el resto¹¹³⁰.

En este sentido, podría ser relevante, a los efectos la anulabilidad parcial, el error del contratante que acepta la cláusula restrictiva en el error de que ésta no va a producir los efectos exoneratorios que luego produce o que ignora el alcance de la palabra irresponsabilidad, o también los supuestos de cláusulas indirectamente restrictivas de responsabilidad en la que se desconoce los efectos de exoneración de responsabilidad que generan. Estos errores podrían ser considerados, en principio, como constitutivos de un error invalidante a los efectos del artículo 1266 C.c.¹¹³¹.

¹¹³⁰Cfr. CRISCUOLI, G., "Precisazioni in tema di annullabilità parziale...", op.cit., p.385.

¹¹³¹Al lado del error *in substantia*, también podría ser aplicado el error de Derecho como vicio de la voluntad, cuando afecte a la cláusula de irresponsabilidad, sin viciar el resto del negocio. Es decir, "cuando la voluntad o la discrepancia entre ésta y la declaración es determinada por ignorancia o inexacto conocimiento o interpretación de una norma jurídica" (ALBALADEJO, M., "Invalidez de la declaración de voluntad", *A.D.C.*, 1957, p.1007). El problema de la consideración del error de Derecho como vicio invalidante puede radicar en su inexcusabilidad. No obstante, DE CASTRO (El negocio jurídico, op.cit., p.117), ha señalado que "no hay fundamento sociológico para considerar inexcusable el error de derecho". Precisamente en lo que atañe a la calificación de inexcusabilidad, PENA LÓPEZ ("Alcance del error de Derecho en el artículo 6.1 del Código civil", *R.D.P.*, 1995, p.1120), señala, tras un estudio de los precedentes de la norma, que esta calificación "comporta el partir de una presunción legal de culpabilidad o inexcusabilidad que, por serlo, da por supuesto, como dato correspondiente a la realidad, un conocimiento total de las leyes por todos los ciudadanos, o al menos por el ciudadano medio, o sea da por presupuesto que ese conocimiento se da siempre, o, al menos, normalmente. Ahora bien, ese conocimiento que, como ya vimos, no puede por menos ser calificado como utópico o irreal, no es idóneo para constituir la base de aquella presunción de conocimiento [...]". La confirmación de este extremo, junto con un análisis gramatical de la norma, lleva al autor a considerar "la relevancia o eficacia o trascendencia del error iuris como prescripción de Derecho normal", y, por consiguiente tendrá relevancia "no sólo en los casos o para los efectos en que lo determine la letra de la ley, sino también en aquellos en que lo imponga su espíritu y finalidad; y no sólo en los casos y para los efectos previstos en las normas sino también para los no previstos que sean análogos a los anteriores" (*Ibidem*, p.1122).

En lo que atañe al dolo como causa de anulabilidad¹¹³², éste ha de haber sido la causa de que la parte que pretende la anulación de la cláusula consintiese en la exoneración de responsabilidad. De este modo, cuando a través de las palabras o maquinaciones insidiosas del otro contratante, quien pretende la anulación es inducido a suscribir esa cláusula, cosa que sin ellas no hubiera hecho, estaremos, siempre que sea grave (art.1270 C.c.), ante el dolo invalidante del artículo 1269 C.c. y, por consiguiente, ante la posibilidad de que la parte afectada anule la cláusula de irresponsabilidad¹¹³³.

Finalmente, es preciso indicar que la anulabilidad parcial en los supuestos en que en las cláusulas restrictivas de responsabilidad concorra algún tipo de vicio invalidatorio, es predicable tanto para la cláusula inserta en el contrato negociado como para la cláusula inserta en condiciones generales de contratación. El artículo 10.4, que impone explícitamente la sanción de nulidad automática, incide sólo en las "*cláusulas, condiciones y estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos*" -requisitos de inclusión y de contenido- pero no atañe a las hipótesis de cláusulas afectadas de vicios del consentimiento o falta de capacidad, lo cual nos conduciría, en este punto, a la aplicación del Derecho común, de acuerdo con los artículos 4.3 y 1090 del Código civil. (En otro caso, aplicar la sanción -grave- de la nulidad de pleno derecho a los supuestos típicos de anulabilidad según el régimen general de nulidades, sería como efectuar una interpretación extensiva de disposiciones de carácter sancionatorio).

¹¹³²Expresamente consiente esta posibilidad DE COSSÍO (*El dolo en el Derecho civil*, op.cit., pp.349-350): "puede suscitarse la cuestión de si en algún caso, en que el dolo haya solamente afectado a la aceptación de alguna estipulación no esencial del contrato, pudiera solicitarse la nulidad de esa cláusula [...]; habremos de concluir que en muchos casos de dolo incidental, la única forma de conseguir ese resarcimiento sería la anulación parcial. Y esto no sólo en los casos en que se trate de una mera unión de contratos, sino incluso cuando se trata de contratos unitarios, dentro de los cuales es posible separar las estipulaciones unas de otras".

¹¹³³Es extrapolable la conclusión de su tratamiento como vicio parcial, al igual que en el error. Es decir, el dolo, para ser causa de anulabilidad parcial, no ha de haber sido determinante de la celebración del negocio sino de la "celebración" de la cláusula. En contra, de nuevo GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La nulidad parcial del contrato*, p.40. A favor, CRISCUOLI, G., "Precisazioni in tema di annullabilità parziale...", op.cit., p.386.

3. LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO AFECTADO POR LA INEFICACIA PARCIAL

El efecto fundamental de la ineficacia parcial de la cláusula restrictiva de responsabilidad -ya sea provocada o automática- consiste en la amputación de la cláusula viciada del contrato. Además de otras consecuencias, la extracción de la cláusula ineficaz de la reglamentación contractual se erige en efecto común.

Si esto es así, una vez excluida la cláusula del contrato se presenta una laguna que es preciso colmar. Estamos ante la denominada integración del contrato.

Puede acontecer que las normas que han sido contravenidas por la cláusula nula, no ofrezcan una regulación -imperativa- que sustituya *ope legis* la cláusula viciada. En este caso, la integración se llevará a cabo con la inclusión de lo previsto imperativamente en tales normas (normas imperativas positivas), con lo cual estaríamos, propiamente, a lo que DELGADO considera "nulidad parcial con sustitución imperativa de cláusulas"¹¹³⁴. Son los supuestos de que la cláusula restrictiva de la responsabilidad hubiera excluido la responsabilidad imperativamente regulada por la norma contravenida. La integración se llevará a cabo mediante la incorporación al contrato de la regulación excluida. Son las hipótesis, por ejemplo, de las cláusulas que excluyan la responsabilidad del productor o de las que atenúen o reduzcan la responsabilidad de las Agencias de Viaje, ya que, tanto la Ley de responsabilidad por productos defectuosos como la Ley de viajes combinados, regulan la responsabilidad de uno y de otras con carácter imperativo.

Pero puede ocurrir también que tales normas no ofrezcan una regulación imperativa,

¹¹³⁴DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Ineficacia e invalidez de los contratos", op.cit., p.587. Sería una "sustitución imperativa de las cláusulas contractuales contrarias a determinadas normas imperativas por el contenido de éstas, que se incrustan en el contrato en sustitución de la voluntad privada en contrario. En tales casos [...] la nulidad parcial (eliminación de las cláusulas disconformes con los preceptos imperativos) es sólo el mecanismo previo para la aplicación incondicionada de la normativa *ex lege* que se impone como contenido preceptivo del contrato".

que necesariamente haya que asumir al declarar nula la cláusula en cuestión (adoptarían la calificación de normas imperativas negativas¹¹³⁵). Es el caso, por ejemplo, de la cláusula que haya sido declarada nula por ser contraria a la moral.

En estos supuestos, una vez excluida, en nuestro caso el pacto de irresponsabilidad prohibido, se produce aquella laguna en la reglamentación contractual que es preciso subsanar¹¹³⁶. Se presentan, en este sentido dos opciones. La primera de ellas consistiría en dar entrada al derecho dispositivo, esto es, a las reglas de responsabilidad contractual de los artículos 1101 y siguientes del Código civil, que, de otro lado, en caso de no haberse previsto nada jugaría entre las partes. En segundo lugar, podríamos pensar en la reducción de la cláusula excesiva, colocando en su lugar una semejante que no vulnere los límites de validez.

Las dos hipótesis se enmarcan dentro de la operación jurídica denominada integración del contrato que, en esencia, tiene por objetivo "buscar reglas de disciplina que la declaración de voluntad no suministra, bien porque aparece lagunosa en un punto o puntos concretos, bien porque el ordenamiento jurídico ha dispuesto la entera reglamentación contractual a través de un concurso de fuentes normativas, sin conceder la exclusiva de la reglamentación a la autonomía de los particulares"¹¹³⁷.

Pero aunque pertenecientes al mismo fenómeno, ambas opciones conforman dos supuestos diferentes.

El primero de ellos -hacer uso de la ley-, sería un supuesto de heterointegración del contrato, en el cual también se enmarcaría la integración con la ley imperativa, como vimos

¹¹³⁵Cfr. GARCÍA AMIGO, M., "La integración del contrato", *R.D.N.*, 1980, P.130.

¹¹³⁶Gráficamente FERRI ("Nullità parziale e clausole vessatorie", *Riv.Dir. Comm.*, 1977-I, p.117) compara la sustitución de la cláusula nula por el derecho con una operación de ortopedia.

¹¹³⁷LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "De la interpretación de los contratos", *op.cit.*, p.5.

antes. La laguna formada a raíz de la extirpación de la cláusula se cubriría acudiendo a una fuente externa a la *lex contractus*, acudiendo a la regulación legal.

La justificación positiva de esta operación la encontramos en el artículo 1258 del Código, cuando declara que *"los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo a lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley"*. Así la ley actúa como fijador del contenido contractual; en el supuesto de que las partes hayan omitido determinadas reglas contractuales o que las reglas hayan devenido nulas, la ley (la ley imperativa y la ley dispositiva) -la buena fe y los usos- han de suplir la carencia.

El segundo caso conformaría la denominada autointegración contractual, que se inspira en principios diversos, como explica BARCELLONA¹¹³⁸. Como en el sistema legislativo las lagunas se colman gracias a la fuerza expansiva de las normas vigentes, en la reglamentación contractual las lagunas derivadas de carencias en la determinación privada pueden ser eliminadas por el despliegue de una fuerza interna al propio ordenamiento contractual, sin necesidad de intervención externa.

Mas esta opción, íntimamente ligada a la concepción tradicional de la autonomía privada configuradora del contrato como realidad autosuficiente y exclusiva¹¹³⁹, parece, cuando menos, más comprometida. Se trataría de interpretar la voluntad de las partes y sustituir la cláusula viciada por otra que bajo esta interpretación pudiera haber sido prevista

¹¹³⁸BARCELLONA, P., *Gli istituti fondamentali del Diritto privato*, 2ª ed., Napoli, Ed. Dott. Eugenio Jovene, 1972, p.258.

¹¹³⁹Como señala BARCELLONA (*Gli istituti fondamentali...*, op. cit., p.259 y ss.) la autointegración, como opuesta a heterointegración contractual, presupone una nítida separación entre dos sectores, el público, representado por la ley, y el privado, dominio del contrato, que garantice una sustancial intangibilidad del sector privado por parte de la ley y que afirme, además, la absoluta suficiencia de lo convenido por las partes para cubrir cada aspecto de la situación regulada. Sin embargo, *"tale situazione risulta però contraddetta dall'attuale realtà giuridica e social: non solo i problemi posti dal moderno sistema delle contrattazioni di massa non sono risolvibili in base alla sola volontà delle parti, ma anche la funzione del contratto nell'attuale sistema costituzionali ed economico va individuata in modo diverso"*.

por aquellas si hubieran conocido la nulidad del pacto original¹¹⁴⁰.

En principio, como señala LACRUZ, "nadie duda de la legitimidad de intergrar el contrato deduciendo la solución del caso no previsto expresamente de las líneas generales establecidas por la voluntad de las partes", pero, continúa el autor, "lo que ya no resulta tan concluyente es construir una voluntad que falta forzando el significado de la existente"¹¹⁴¹.

En todo caso, una vez declarada la nulidad parcial pensamos que teóricamente no habría problema en, analizando las circunstancias concretas de la reglamentación contractual, sustituir vgr. la cláusula que exonera completamente al deudor por otra que sólo consienta la exoneración cuando medie culpa leve en su incumplimiento¹¹⁴². Y ello porque si las partes consintieron una exoneración total probablemente preferirán el pacto de no responsabilidad por culpa leve, que permanece en los límites de la legalidad, que la otra opción posible: el juego de las reglas comunes de responsabilidad contractual de los artículos 1101 y siguientes del Código civil.

El problema de la integración del contrato a raíz de la nulidad parcial se plantea,

¹¹⁴⁰Pudiera ser más sencilla la autointegración del contrato si las partes hubieran previsto en él la posibilidad de la nulidad de ciertas cláusulas y, entonces, hubieran introducido otras, a modo de cláusulas suplentes, para entrar en funcionamiento producida la nulidad de aquéllas. Pero, como señala BERCOVITZ ("La defensa contractual del consumidor...", op.cit., p.203), "las cláusulas sanatorias, encaminadas a regir el contrato si se consideran como abusivas otras, deben ser contempladas con la máxima desconfianza. Normalmente serán expresión de la mala fe del empresario al introducir determinadas condiciones generales, por lo que serán contrarias a los requisitos de buena fe del artículo 10.1c)". En sentido aparentemente contrario, Díez-PICAZO (*Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.457): "si las partes han previsto expresamente la posibilidad de la nulidad parcial y han establecido ellas mismas la regulación supletoria (cláusulas de salvaguardia) habrá de entrar en funcionamiento esta regulación".

¹¹⁴¹LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, op.cit., T.II, p.297.

¹¹⁴²A esta posibilidad se refieren expresamente JORDANO FRAGA (*La responsabilidad contractual*, op. cit., p.416), bajo la expresión conversión.

asimismo, en sede de condiciones generales de la contratación¹¹⁴³. El artículo 10.4, que establece, como vimos, la nulidad parcial coactiva, no ofrece ninguna pauta a seguir para colmar las lagunas regulativas que eventualmente se produzcan.

La carencia de medios integradores en el artículo 10.4 LCU ha sido duramente criticada por un sector doctrinal. POLO pone de relieve la dificultad que existe en la práctica para proceder a la integración del contrato, porque si ésta ha de efectuarse mediante las disposiciones legales de Derecho dispositivo "es bien conocido que el mayor auge de la contratación mediante condiciones generales se produce precisamente en aquellos sectores del tráfico mercantil en que apenas existe regulación legal positiva"¹¹⁴⁴.

Al margen de la sustitución de la cláusula nula por la normativa contravenida o la incorporación, cuando sea posible de la regulación dispositiva, BERCOVITZ ha sugerido *de lege ferenda* la "posibilidad de sustituir las cláusulas ineficaces con las cláusulas que, en su puesto, serían las normales"¹¹⁴⁵. Aunque pudiera ser complicado decidir sobre la normalidad" de las cláusulas, nos parece acertada tal propuesta, porque probablemente sería un mecanismo adecuado para no llegar a la situación de desequilibrio del párrafo segundo de

¹¹⁴³En el ámbito concreto de las condiciones generales del contrato de seguro afectado de nulidad parcial, vid. GARCÍA AMIGO, M., "Integración del contrato de seguro", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro*, op. cit., pp.381 a 389. En cuanto a la integración del contrato de trabajo afectado de nulidad parcial, vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *La nulidad parcial...*, op. cit., p.194 y ss.

¹¹⁴⁴POLO, E., *La protección del contratante débil...*, op.cit., p.115. Este extremo ha sido apuntado también por LÓPEZ SÁNCHEZ ("Las condiciones generales...", op.cit., p.648) quien ha sugerido que dichas dificultades, ante el silencio de la ley, pueden ser salvadas entendiendo que "las lagunas abiertas en el contrato como consecuencia de la nulidad parcial declarada se colmarán recurriendo a las normas generales sobre obligaciones, a la regulación legal del contrato típico más afín y a los usos y la buena fe".

Esta carencia de medios integradores ha sido parcialmente salvada en el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de 1996, cuyo artículo 9 señala que "*La parte afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil*".

¹¹⁴⁵BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "La defensa contractual del consumidor en la LCU", en AA.VV., *Estudios jurídicos...*, op.cit., p.202.

la norma y no tener, por consiguiente, que provocar la ineficacia total del contrato¹¹⁴⁶.

4. UNEVENTUAL DESEQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES. LA NULIDAD TOTAL DERIVADA DE LA NULIDAD PARCIAL. NATURALEZA JURÍDICA

Como ha manifestado ROPPO¹¹⁴⁷, uno de los peligros que entraña la nulidad parcial consiste en provocar, tras el ajuste efectuado en la regulación contractual, un desequilibrio entre las prestaciones de las partes contratantes.

Un ejemplo ilustrará nuestras palabras: en un contrato de compraventa existe una cláusula en virtud de la cual el vendedor queda exonerado totalmente a cambio de una reducción de un 25% en el precio de la cosa; la cláusula resulta invalidada y entran en juego las reglas de responsabilidad contractual de los artículos 1101 y siguientes; sin embargo, la reducción del precio, que ahora carece de sentido, permanece en la normativa contractual; el comprador adquirirá la mercancía a un precio muy reducido y el vendedor está obligado a responder del cumplimiento de sus obligaciones según los parámetros normales.

Casos como el expuesto nos obligan a intentar ofrecer una solución para paliar este peligro intrínseco a la nulidad parcial.

No hay duda de que, en supuestos de nítido desequilibrio de las prestaciones de las

¹¹⁴⁶No obstante, esta propuesta ha sido criticada por POLO (*Protección del contratante débil...*, op.cit., p.116) desde una doble perspectiva. Por un lado, declara el autor, "decidir sobre la normalidad de la cláusula no es tarea fácil ni son claros los parámetros que podrían utilizar los jueces para sustituir la voluntad de las partes en el contrato por la voluntad manifestada por otras personas en casos similares". Desde otra óptica, la labor acreditada a los jueces "comportaría una tarea que excede los límites de sus facultades juzgadoras, y que engendraría la apariencia de creación de derecho objetivo".

¹¹⁴⁷ROPPO, E., "Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede", *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 686 y ss. Expresamente declara que "la riduzione del regolamento contrattuale conseguente alla nullità di una sua parte può spesso risolversi in uno squilibrio di esso rispetto al disegno originario dei contraenti, avvantaggiando così uno di questi e danneggiando correlativamente l'altro".

partes propiciado por la nulidad parcial, como el del ejemplo, la solución debe pasar por la ineficacia del contrato *in toto*, a menos que deseemos convalidar una situación a todas luces injusta. Se produce, entonces, la ineficacia del contrato como consecuencia de la nulidad parcial de alguna de sus cláusulas.

El problema radica, sin embargo, en el fundamento de la solución. El principio de equilibrio de las prestaciones al que aludimos es contemplado en nuestro Derecho como un principio de justicia contractual subjetiva¹¹⁴⁸, que refuerza la idea de que lo que las partes acuerdan, independientemente de la proporcionalidad de las respectivas prestaciones, debe ser cumplido en virtud del aforismo *pacta sunt servanda*, en virtud de la regla según la cual lo convenido es sagrado, pilar esencial y tradicional de la autonomía privada. Desde estas coordenadas, la ineficacia derivada de la nulidad parcial -la ineficacia basada en motivos de desequilibrio contractual objetivo- sería inadmisibles porque su razón, su fundamento de justicia-material, es extraña a los presupuestos liberales de la autonomía privada para los que la posibilidad de declarar ineficaz un convenio (*pacta sunt rescidenda*) a causa de la lesión u onerosidad para una de las partes ni se plantea.

Pero una nueva lectura se hace imprescindible a la luz de las también nuevas circunstancias del Derecho contractual. Desde el momento en que la igualdad de los contratantes se ha convertido en algo ilusorio que torna ilusorio a la vez su libertad de pacto y de consentimiento -en definitiva, su voluntad-, se precisa un replanteamiento de los efectos (hoy, excesivos) de aquel voluntarismo contractualista de antaño. Si han mutado las condiciones, deben mutar las consecuencias. Por ello, desde el nuevo marco de la autonomía privada, apostamos por una mayor objetivación del principio de equilibrio de las prestaciones, por "redescubrir las exigencias de la llamada justicia contractual sustantiva: es decir, la necesidad de establecer mecanismos de control del contenido de los contratos, a fin de evitar los abusos que puedan derivar de la situación de inferioridad de uno de los

¹¹⁴⁸ Así, en la doctrina española, ALABALADEJO, M., *Derecho civil*, op. cit., T.I, vol.2º, p.167; CASTÁN, J., *Derecho civil de España*, op.cit., T.III, p.486; DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, op.cit., vol.3º, p.36.

contratantes y del déficit de libertad que tal cosa comporta"¹¹⁴⁹.

Esta posición ha encontrado su anclaje positivo para los contratos celebrados con consumidores en base a condiciones generales de contratación. El legislador no ha vacilado en conceder poder al juez para proceder a una revisión objetiva de los derechos y obligaciones de las partes. Así, el artículo 10.4 de la L.C.U. afirma que "*No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo*"¹¹⁵⁰.

Pero, la regla enunciada, inspirada en la AGB-G alemana, lejos de ser considerada como un correctivo de los desequilibrios contractuales, ha sido duramente criticada por un amplio sector doctrinal que la interpreta como una tergiversación del espíritu de la Ley ya que supone un cambio, según este parecer, en el sujeto protegido, que pasaría a ser ahora

¹¹⁴⁹MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Trascendencia del principio...", op.cit, p.330. Asimismo, MARTÍN PÉREZ (*La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y al fraude de acreedores)*, Barcelona, Ed. Bosch, 1994, p.291), señala que: "Además empieza a ser admitido, que puede establecerse una relación adecuada entre prestaciones por obra del juez y sobre criterios objetivos, para aquellos casos en que falte una determinación por parte de los contratantes, o aún sin faltar, cuando sea de evidente injusticia, como parece indicar la regla interpretativa que según el art.1289 ha de aplicarse a los contratos onerosos", aludiendo como argumento a favor de tal operación el hecho de que "si se eliminan las reglas de control sobre la operación económica pretendida por las partes y no se ponen límites a la posible desproporción en el intercambio, entonces las categorías de onerosidad y gratuidad quedan reducidas a nociones puramente formales, dependientes de la voluntad de las partes". En la doctrina francesa, GHESTIN (*Traité de Droit civil. La formation du contrat*, op.cit., p.226 y ss.) analiza y revaloriza el principio de la justicia contractual, la cual se integra dentro de la denominada *justice commutative ou corrective*, que significa que cada una de las partes debe recibir el equivalente de lo que ella da. Mas esta justicia contractual ha de tener en cuenta las nuevas desigualdades que son fuentes de injusticias. Se precisa mecanismos de control, como la lesión y el desequilibrio objetivo de las prestaciones.

Abiertamente en contra, ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones generales...*, op. cit, pp.141 y 142) quien considera "inconstitucional", por atentar contra el modelo económico de los artículos 33 y 38 de la CE, cualquier intento por parte de los jueces de controlar objetivamente el equilibrio de las prestaciones, esto es, "los precios y las prestaciones que se ofrecen en el mercado".

¹¹⁵⁰En el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de 1996 se incluye una norma de similar factura. El artículo 9 después de regular la figura de la nulidad parcial, señala en su apartado tercero que "*No obstante, procederá la nulidad total del contrato cuando la integración realizada conforme a lo previsto en el apartado anterior conduzca a resultados que difieren sustancialmente de los perseguidos por las partes en el momento de celebrar el contrato*".

el predisponente. En efecto, la utilización de la expresión "situación poco equitativa" centra las críticas en cuanto que otorga amplias facultades al empresario para desligarse del contrato, cuando hubiera sido más adecuado condicionar la facultad de resolver el contrato a una excesiva onerosidad para el predisponente y no simplemente a la alegación de que su posición contractual resulta, tras la nulidad parcial, poco equitativa¹¹⁵¹.

En todo caso, a pesar de que la nulidad parcial se erige como el tratamiento más racional para las cláusulas viciadas de nulidad -ya en el contrato negociado ya en condiciones generales-, hemos de reconocer que ésta puede inducir a determinadas situaciones poco acordes con los principios de justicia material -ya que consolida ventajas injustificadas en favor de alguno de los contratantes- y poco o nada acordes también con lo previsto inicialmente por las partes, esto es, con el principio de autonomía privada -porque el contenido contractual ha sido forzado y transformado en virtud de la sanción de nulidad parcial-. Es decir, la nulidad parcial, dado su carácter, a veces, artificioso, puede conducir a situaciones verdaderamente lesivas para los contratantes, o cuando menos a situaciones muy diferentes a las que ellos previsto inicialmente.

¹¹⁵¹ Así se han pronunciado BERCOVITZ ("La defensa del consumidor...", op. cit., p.202 y POLO (*La protección del consumidor...*, op.cit., p.117). Este último ha señalado que "la norma española se aparece claramente contraria a los intereses del consumidor, que puede ver cómo a consecuencia de su impugnación de una cláusula presumiblemente ilícita o abusiva, su nulidad o eficacia puede extenderse al íntegro contrato en su propio perjuicio y en provecho y beneficio del empresario proponente [...]". Con intención conciliadora, RUIZ MUÑOZ (*La nulidad parcial...*, op. cit., p.276) indica con respecto a las críticas que ha merecido la expresión "situación poco equitativa" que ésta se debe a la traducción literal del AGBG alemán (unzumutbare Härte) y que su interpretación "en el contexto de la LCU puede y debe ser entendida como una situación de excesiva onerosidad". CLAVERÍA GONSÁLBEL ("Comentario al art.10.4", op.cit., p.343) llega, incluso, a proponer de *lege ferenda* su eliminación, proponiendo la integración con el Derecho dispositivo en lugar de dar pie a la desvinculación del empresario del contrato, reputando aplicable este precepto "sólo cuando la ineficacia no sea lesiva para el adherente, lo que ocurrirá en poquísimos casos". En contra de estas posiciones críticas, ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones generales...*, op.cit., p.452) afirma que el precepto "debe ser valorado positivamente, tanto en lo que se refiere a su existencia misma, como en lo relativo al criterio aislado para determinar su supuesto de hecho". De la misma opinión es GÓMEZ CALERO (*Los derechos de los consumidores y usuarios*, Madrid, Ed. Dykinson, 1994, p.102) quien cree que las objeciones planteadas por la doctrina a esa regla "son oponibles a la nulidad parcial del párrafo primero con más propiedad que a la ineficacia del párrafo segundo, con la cual sólo se pretende remediar los efectos antijurídicos que pudieran derivarse de la nulidad parcial".

En este estado de cosas -ante situaciones ciertamente lesivas del equilibrio contractual-, consideramos acertado proponer la ineficacia del contrato en su integridad. Pero, ¿qué tipo de ineficacia sería la apropiada?

La cuestión reviste especial dificultad desde el momento en que ni siquiera la LCU especifica la naturaleza de la sanción que debe recaer sobre el contrato cuando las cláusulas subsistentes determinen una "situación no equitativa de las posiciones de las partes". El artículo 10, como vimos, se limita a declarar la ineficacia del contrato.

En este punto, se hace necesaria una reflexión acerca de cuál es la causa de la ineficacia total del contrato afectado por la nulidad parcial. El artículo 10.4 habla de "situación no equitativa de las posiciones de las partes"; fuera del marco de la ley especial, el motivo que pudiera recomendar la ineficacia total es asimismo, tal y como vimos, el desequilibrio de las posiciones de los contratantes como consecuencia de la nulidad parcial.

Pero tanto la "situación no equitativa" como el desequilibrio contractual no son, en sí mismas consideradas, causas de ineficacia en la teoría general de las nulidades. Sin embargo, ambas podrían traducirse en ausencia de la causa (concreta) del contrato. Nos hallaríamos ante uno de los supuestos clásicos de nulidad radical¹¹⁵², como consecuencia

¹¹⁵²En este sentido, MORENO MOCHOLÍ ("Las irregularidades en el negocio jurídico", *R.D.P.*, 1946, p.21 y ss.) ha declarado que "si la nulidad en parte produce la de todo el negocio [...] estaremos en presencia de una clase de ineficacia total equivalente en todos los aspectos a la nulidad de pleno derecho". CARRASCO PERERA ("Comentario al artículo 1102", op.cit.) afirma que se daría una nulidad total "si la desaparición de la cláusula de exoneración afecta considerablemente al equilibrio económico previsto por las partes al contratar". Sin embargo, otros autores (ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, cit. por ARECHEDERRA ARANZADI, L.I., *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1978, p.83) considera que el desequilibrio de las prestaciones nunca constituirá una ausencia de causa ya que "el contrato oneroso enriquece con causa o justificadamente y ello aún cuando prestación y contraprestación no tengan un valor equivalente y uno de los contratantes obtenga una ventaja patrimonial que lo enriquezca". Ya con referencia a la ineficacia de la que habla el artículo 10.4 LCU, POLO (*La protección del contratante...*, op. cit., p.118) se muestra partidario de la nulidad radical: "la nulidad total del contrato debería acarrear al empresario que utilizaba las cláusulas declaradas ineficaces la correspondiente indemnización de daños y perjuicios ocasionados al consumidor por la pérdida del contrato".

de la omisión de uno de los requisitos que expresa el art. 1261: "*la causa de la obligación que se establezca*").

Si traemos a colación el ejemplo que abría este epígrafe, la reducción del precio en aquel contrato de compraventa estaba justificado sobre la base de la exoneración total de responsabilidad que se había pactado entre deudor y acreedor; el cambio de las circunstancias del contrato, a raíz de la nulidad parcial de la cláusula de irresponsabilidad, dejaría sin justificación, sin causa, aquella reducción en el precio, provocando un desequilibrio en las prestaciones de las partes.

Esto es así, en el caso de que entendamos por causa la finalidad concreta perseguida por las partes e incorporada al acto como elemento determinante de la declaración de voluntad o del acuerdo de voluntades; considerando, entonces, posible hablar de desaparición de la causa cuando no se da la circunstancia que era el fin del contrato mismo, a causa de la desaparición de la base en que se asentaba¹¹⁵³. En palabras de DE CASTRO, "el no darse un resultado previsto o el que éste se haya frustrado, se ha considerado como acontecimientos por los que la relación negocial cruda quedaba privada de la causa que la justificaba"¹¹⁵⁴.

Es decir, sólo si estimamos acertada la dirección de pensamiento que otorga a la causa relevancia en un momento posterior a la celebración del contrato, podremos sustentar la posibilidad de una eventual ausencia de causa tras la nulidad parcial. Porque si pensamos, como afirmaba GIORGIANNI, que la causa juega solamente en el "momento estático del contrato", y que la falta sobrevenida de aquélla, originada por una excesiva o anormal onerosidad de las prestaciones, debe ligarse a la figura de la resolución contractual¹¹⁵⁵ o

¹¹⁵³Cfr. PENA LÓPEZ, J.M., "La continuada influencia de la causa", trabajo inédito, 1975.

¹¹⁵⁴DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.166. Esta afirmación estaría incluida dentro de lo que DE CASTRO denomina la función caracterizadora de la causa respecto de la relación negocial.

¹¹⁵⁵DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos...*, op.cit., T.I, p.243.

tratarse como una incidencia del cumplimiento¹¹⁵⁶, no será posible mantener aquella posibilidad.

Sin embargo, creemos razonable que la causa ha de presidir no sólo la formación del contrato sino también la ejecución del mismo, "ya que el resultado económico que persigue la declaración de voluntad es alcanzar una prestación, es decir, obtener su ejecución o cumplimiento"¹¹⁵⁷; en este instante la noción de causa se asimila con la de causa-fundamento o causa-legitimación.

En fin, se presentarían así dos alternativas a la influencia de la causa en la vida del contrato. Como señala DE CASTRO, "puede entenderse que la relación jurídica quedó fijada en sus términos, de una vez para siempre, al concluirse el negocio y que, por tanto, le será indiferente que por el advenimiento de nuevas circunstancias haya dejado de conseguirse la finalidad práctica propuesta. [...]. Es posible, por el contrario entender que no se puede romper la conexión con la causa y que dada la frustración del propósito concreto del negocio, queda abierta la posibilidad de acudir al Juez, para que dé por resuelto el negocio o para que lo adapte equitativamente a las nuevas circunstancias"¹¹⁵⁸.

Desde la segunda perspectiva, el desequilibrio de prestaciones provocado, en su caso, por la nulidad parcial podría ser tratado como una inexistencia de causa en el negocio jurídico: la circunstancia sobrevenida de la nulidad de una cláusula y su posterior extirpación del contrato, con la consiguiente desventaja para una de las partes en beneficio de la otra, y que, por tanto, se traduciría en la nulidad total del negocio.

No obstante, hay que precisar que no todo desequilibrio de las prestaciones puede ser origen de una ausencia de causa en el contrato, y ello por dos motivos fundamentales,

¹¹⁵⁶Cfr. STS 5 de junio 1945.

¹¹⁵⁷ROCA SASTRE, R.M. y PUIG BRUTAU, J., *Estudios de Derecho...* op.cit., T.II, p.54.

¹¹⁵⁸DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op.cit., p.313.

expuestos por LACRUZ¹¹⁵⁹. En primer lugar, por razones de seguridad en el tráfico jurídico, el ordenamiento no puede otorgar relevancia a todo desequilibrio que acontezca en las relaciones contractuales. En segundo lugar, porque el Derecho no requiere en los cambios una equivalencia exacta y objetiva, sino que exige únicamente una equivalencia subjetiva.

Al lado de la nulidad total, se han propugnado otras tesis para explicar la modalidad de la ineficacia total que pudiera desencadenar la nulidad parcial.

En este sentido, RUIZ MUÑOZ ha defendido la anulabilidad parcial. Desde la figura del error contractual, considera la ineficacia derivada de la nulidad parcial como un ejemplo de anulabilidad contractual. Desde esta perspectiva, las partes permanecen ligadas por un contrato que no es el que en el momento de la celebración se representaron para emitir sus respectivas declaraciones. La amputación de alguna o algunas cláusulas puede haberlo convertido en una sombra de lo que los contratantes deseaban al tiempo de manifestar su consentimiento, que, desde esta perspectiva, resultaría viciado por error¹¹⁶⁰. Por ello, propugna que "el posible supuesto de invalidez (total) ha de considerarse como anulabilidad y no como nulidad absoluta"¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁹LACRUZ BERDEJO, J.L., "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", *R.C.D.I.*, 1969.

¹¹⁶⁰En los supuestos especiales de la anulabilidad derivada de nulidad parcial el error recae sobre el propio contenido del contrato: las partes al celebrar el negocio jurídico consintieron en una cierta disposición de prestaciones contractuales, que se modificó posteriormente por resultar, alguna o algunas de las cláusulas contenidas en el contrato contrarias a la ley. El error de las partes versa no tanto en el objeto del contrato o en la motivación objetiva de aquellas, sino, a nuestro juicio, en las reglas que el ordenamiento jurídico impone para la autonormación de los particulares. Las partes al configurar el contenido contractual no conocían la nulidad (parcial) de alguna o algunas de las cláusulas que estaban incorporando. Desconocían que la ley había previsto que tales cláusulas serían extirpadas del negocio. Se trataría, entonces, de una hipótesis de error de Derecho.

¹¹⁶¹RUIZ MUÑOZ, M., *La nulidad parcial del contrato...*, op.cit., p.194. Además, la consideración de la ineficacia del contrato como anulabilidad implicaría que "no se genere responsabilidad por culpa *in contrahendo* de quien inste la nulidad total -que sí podría ocasionar la nulidad radical-; y es así porque como acabamos de ver para el error en general se exige un comportamiento irreprochable que impide la asiganción de una obligación indemnizatoria. En todo caso, lo que sí cabría es la responsabilidad precontractual de la contraparte (el interesado en el mantenimiento del resto del contrato) si se hubiese comportado antijurídicamente (tenía que haber informado a la parte viciada del contrato)" (*Ibidem*, p.199).

La ventaja que pudiera presentar la anulabilidad frente a la nulidad total radica en la legitimación para pedir la ineficacia total del contrato. Es sabido que quien ha causado el vicio no puede alegar la ineficacia del negocio. Esta circunstancia convertiría a la anulabilidad en una sanción apropiada en el ámbito de las condiciones generales, ya que al ser el empresario el redactor del contrato, el error en ningún caso puede ser imputado al adherente ("ni tampoco le será exigible por lo general que desarrolle una cierta diligencia en el descubrimiento del error"¹¹⁶²), quien tiene poder para impugnar o no el contrato si le perjudica -la voluntariedad de la sanción es importante: el consumidor puede no estar interesado en declarar ineficaz el contrato-.

Pero, sin duda, la alternativa más respaldada¹¹⁶³, aunque sólo con referencia a la ineficacia del artículo 10.4 LCU, es la que interpreta la ineficacia total derivada de la nulidad parcial como un supuesto de rescisión.

En este sentido, ha sido ALFARO quien ha apoyado de forma más decidida esta interpretación considerando que la "ineficacia" a la que se refiere la Ley "encaja

¹¹⁶²RUIZ MUÑOZ, M., *La nulidad parcial del contrato...*, op. cit., p.280. Si bien precisando que "la nulidad total del art.10.4 está pensada exclusivamente en beneficio del predisponente y como defensa del daño que le reporte la nulidad parcial; no tiene ningún sentido práctico pensar que la ineficacia total pueda ser utilizada por el consumidor como medida de protección, cuando de todos es sabido que su mejor tutela se encuentra en la nulidad parcial" (p.278), el autor cree que "los intereses particulares de las partes, que son los que en definitiva se pretenden tutelar por respeto al principio de la autonomía de la voluntad, resultan mucho mejor protegidos bajo el régimen jurídico de la anulabilidad; de no ser así se podría llegar a soluciones justamente contrarias a los fines perseguidos con la nulidad total: a imponer ésta a pesar de la voluntad en contrario de las partes" (p.281).

¹¹⁶³Entre ellos ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones generales...*, op.cit., pp.459 a 461.) y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ ("Transcendencia del principio de protección...", op.cit.). Éste último, aludiendo a la sanción de ineficacia del artículo 10.4 LCU, afirma exactamente que "nos encontramos, pues, ante una llamativa rescisión, por desequilibrio, no en las prestaciones sino en la posición contractual de cada uno de los contratantes". Asimismo BELLO JANEIRO ("Cláusulas de exclusión...", op.cit., p.5680) se adhiere a esta posición. También MARTÍN PÉREZ (*La rescisión del contrato*, op.cit., p.399 y ss.) es partidario de considerar la ineficacia del artículo 10.4 como un "supuesto de rescisión en sentido técnico (art.1290 y ss C.c.) [...] y ello porque en la rescisión la ineficacia del contrato sólo aparece con carácter subsidiario para el caso en que las partes no opten por la *reductio ad aequitatem* del contrato, eliminando la lesión".

perfectamente en la rescisión por lesión tal como ésta se configura doctrinalmente¹¹⁶⁴, regulada en los artículos 1291 y siguientes del Código civil. Salvando, en primer lugar, la nota claramente excepcional que conlleva la rescisión por lesión en nuestro Derecho mediante una lectura flexible del artículo 1291.5º, concluye la bondad de esta sanción porque "la rescisión presenta la ventaja -frente a otros tipos de ineficacia- de ser aplicable únicamente a solicitud del perjudicado"¹¹⁶⁵.

Cierto es que la *ratio* del artículo 10.4 congenia con lo que la rescisión significa, no sólo en el sentido de que necesita de una lesión objetivamente comprobable para una de las partes si no en el de representar un "remedio *in extremis* arbitrado para evitarle al protegido un perjuicio..."¹¹⁶⁶, pero la posibilidad de ampliar la figura a cualquier supuesto de ineficacia total derivada de nulidad parcial es remota. Obviamente, el desplazamiento o desequilibrio de prestaciones que puede producirse como consecuencia de una nulidad parcial conlleva generalmente una lesión económica para uno de los contratantes -y precisamente de ahí su interés en que se declare la ineficacia *in toto* del contrato-. Se cumpliría, entonces, uno de los requisitos que la figura de la rescisión por lesión precisa: el perjuicio económico.

Además, y si excluimos cualquier referencia a la ausencia de causa o a la existencia de vicios en el consentimiento de los contratantes -error- que no tienen por qué existir (la onerosidad o gravosidad pueden no ser lo suficientemente excesiva para provocar una ausencia de causa o realmente las partes se habían representado la idea de que ciertas cláusulas podían ser inválidas), el contrato celebrado resulta un contrato válido, sin vicios, lo cual nos conduce al cumplimiento del segundo requisito para acceder a la rescisión.

No obstante, el obstáculo fundamental a la interpretación de la ineficacia derivada de la nulidad parcial como rescisión por lesión reside en el carácter excepcional que dicha figura

¹¹⁶⁴ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.460.

¹¹⁶⁵ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.460.

¹¹⁶⁶DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., p.398.

posee en nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁶⁷. En efecto, las causas de rescisión se establecen de forma taxativa en el artículo 1291 del C.c. y el artículo 1293 rechaza expresamente cualquier posibilidad de aplicación analógica al decir que *"ningún contrato se resarcirá por lesión fuera de los casos mencionados en los números 1º y 2º del artículo 1291"*. Esta circunstancia podría impedir el recurso genérico a la rescisión para proceder a la ineficacia del contrato entero tras la nulidad parcial.

Si bien esto sería así aparentemente, no podemos ignorar dos cuestiones que permitirían acceder a tal recurso. En primer lugar, el principio de excepcionalidad que sienta el art.1291 C.c. se referiría a los contratos del Código civil, pero no tendría porqué extenderse fuera de los márgenes del propio Código¹¹⁶⁸. En segundo lugar, el principio que justifica el carácter excepcional de la rescisión responde a la concepción liberal del contrato y de la autonomía privada; es expresión de la ideología que encierra el aserto *qui dit*

¹¹⁶⁷El ámbito de los negocios rescindibles resulta, en nuestro Código civil, muy restringido, como consecuencia de la influencia del Derecho justiniano que fue recibido por el Code français. Así, a diferencia de otros sistemas -incluso a diferencia de la Compilación catalana cuyo artículo 321 amplía la rescisión a los contratos de carácter oneroso y la Compilación navarra, cuya Ley 499 declara que rescindible los contratos que acarren una lesión enorme para uno de los contratantes-, el español ha regulado la rescisión de manera taxativa y con claro carácter subsidiario frente a las demás figuras de ineficacia. Un estudio histórico y comparativo de la figura en ESPÍN CÁNOVAS, D., "Algunos aspectos de la rescisión por causa de lesión", *R.D.P.*, 1988,I, p.211 y ss, y en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "La rescisión por lesión en el Derecho navarro", *R.D.P.*, 1994 (junio), pp.507 y 508. MORENO QUESADA ("Comentario al art.1290", en AA.VV., *Comentarios al Código civil*, op. cit., T.II, p.520 y ss.), insiste en el carácter excepcional de esta figura de ineficacia y como consecuencia de ello en su interpretación restrictiva, subordinando la admisión de supuestos concretos de rescisión a su establecimiento por parte de la Ley. Por lo que respecta a los contratos mercantiles, el obstáculo es mayor, ya que el Código de comercio en su artículo 344 declara que *"No se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión; pero indemnizará daños y perjuicios el contratante que hubiere procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, sin perjuicio de la acción criminal"*. Así, en caso de que el contrato merezca la calificación de mercantil, la posibilidad de declarar la ineficacia del contrato en su totalidad acudiendo a la figura de la rescisión por lesión no es aceptable.

¹¹⁶⁸En el mismo sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op.cit., p.459. "Además, en nuestro Derecho, la rescisión, si bien está prevista solamente en casos concretos, es una figura que el legislador presupone operativa en casos distintos a los previstos en el CC. En efecto, en virtud del nº5 art.1291 CC la rescisión de contratos válidos puede operar no sólo en los casos censados en los números anteriores sino en cualquier otro en que especialmente lo determine la ley".

contractuelle dit juste. Otorgarle relevancia al perjuicio económico a la lesión que determina la rescisión contractual supondría reconocer un quebranto en la concepción de la regulación privada de intereses como algo autónomo y, sobre todo, justo.

Pero, como ha señalado PENA, "este radical individualismo económico de la ideología liberal ha dado como resultado reactivo una corriente socializante en las relaciones de Derecho privado, que ha producido la constitucionalización del Derecho privado y con ella la entronización de unos principios diferentes a los que inspiraron la obra codificadora" [en el caso que examinamos, al principio que consideraba la rescisión como excepción]. Por ello, el Derecho civil no tiene ya su fuente suprema en el Código civil sino en la Constitución y sus principios supremos, por lo tanto, no son ya los del Código civil sino los constitucionales, que, consiguientemente, desde ahora, serán punto de referencia último (según ha subrayado magistralmente IRTI) para la calificación de cualquier precepto, *aunque éste en el Código civil*, claro está, como Derecho normal o excepcional"¹¹⁶⁹.

De estas palabras, podemos hacer derivar la sospecha de que la excepcionalidad de la rescisión, dentro del sistema de ineficacias, podría haber sido superada a la luz del relevo de los principios que servían de fundamento a aquella excepcionalidad, tras la denominada constitucionalización del Derecho privado¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁹PENA LÓPEZ, J.M., "La historicidad del Derecho civil", op.cit., p.8.

¹¹⁷⁰Reproducimos aquí las palabras de ALONSO PÉREZ (Prólogo a la obra de MARTÍN PÉREZ, J.A., *La rescisión del contrato*, op. cit., p.16): "La rescisión por lesión es remedio adecuado para corregir las desviaciones o abusos de la autonomía privada, la iniquidad por descompensación de su estructura y eficacia, la propia configuración de la relación contractual querida por las partes cuando establecieron preventivamente mediante el *pactum* la reglamentación de sus propios intereses. La rescisión es medida correctora o medicación oportuna para devolver al contrato su equilibrio negocial, la saludable armonía de las prestaciones acordadas, la continuada influencia de la causa. Cuando el programa acordado por las partes se desvía de su inicial volición, cuando las prestaciones se desequilibran y los intereses recíprocos pierden correlación, es menester corregir la injusticia sobrevenida, devolver al contrato su rectitud originaria, poner de nuevo en concordancia la autonomía privada con las previsiones legales que señalan la función a cumplir por cada tipo de contrato [...] La rescisión, en suma, no quebranta la firmeza del consentimiento,[...], ni la legalidad que dimana de la autonomía privada, ni la causa o función del pacto negocial".

Por último, sea cual fuere la solución acerca de la naturaleza jurídica de la ineficacia total derivada de la nulidad parcial, hemos de señalar que ésta ha de aplicarse de forma restrictiva, sobre todo en lo que concierne al ámbito de la LCU¹¹⁷¹. Si la nulidad parcial (imperativa) era la opción más favorable para el consumidor, el facultar al predisponente a desligarse del contrato alegando simplemente una situación poco equitativa, estaría contradiciendo el propio espíritu de la sanción de la nulidad parcial. Acaso, como señala BERCOVITZ, la sanción deseable hubiera sido "la nulidad parcial complementada con semejante facultad judicial de modificación para evitar los desequilibrios excesivos y sólo en la medida necesaria para obviar dichos excesos"¹¹⁷².

¹¹⁷¹Cfr. BERCOVITZ, R., "La defensa contractual del consumidor...", op.cit., p.203; CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L.H., "Comentario al art.10.4", op.cit., p.343.

¹¹⁷²BERCOVITZ, R., "La defensa contractual del consumidor...", op.cit., p.203.

CONCLUSIONES

I

Concebimos las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil como actos de ejercicio de la autonomía privada, esto es, como negocios jurídicos que consisten en la "*exclusión voluntaria*" (art.6.2 C.c.) de la aplicación de las normas que imponen la responsabilidad civil.

II

Consiguientemente, estas cláusulas, por participar de la naturaleza antes descrita, habrán de cumplir con todos los requisitos del negocio jurídico, los atinentes al consentimiento, objeto y causa, y observar los límites predispuestos por el ordenamiento jurídico para dotar de eficacia a estos actos de exclusión y a cualquier otro acto de la autonomía privada.

III

Desde una perspectiva funcional, son objeto de nuestro estudio las cláusulas que pretendan la supresión total o parcial de la responsabilidad civil, ya sea que se persiga de modo inmediato este resultado ya sea que produzcan finalmente efectos similares.

IV

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad contractual, en tanto que no deriven de un incumplimiento doloso, son válidas.

V

No creemos, sin embargo, que sean válidas las cláusulas restrictivas de la responsabilidad extracontractual, porque, al suponer, en última instancia, la ineffectividad misma del deber general del *neminem laedere*, afectarían al orden o interés público, originando, así, estas excepciones al principio de responsabilidad, la falta de identidad de razón que impediría la aplicación analógica de las normas permisivas de las cláusulas que traten de eludir la responsabilidad contractual.

VI

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad contractual se delimitan como aquellas cláusulas estipuladas entre los titulares activo y pasivo de una relación obligatoria cuyo objeto es excluir total o parcialmente la indemnización de daños y perjuicios, prevista por el artículo 1101 C.c., para el supuesto de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones asumidas, ya sean éstas realizadas por el deudor directamente o por sus auxiliares.

VII

La configuración de estas cláusulas como actos de exclusión voluntaria de la ley aplicable, pone en conexión dos preceptos de nuestro Código civil, que servirán de guías de su régimen jurídico: los artículos 1255 y 6.2. Además, la concepción de la autonomía privada como un poder jurídico concedido a los particulares para la regulación de sus intereses, que, por consiguiente, somete su ejercicio a los límites genéricos de todos los poderes, hace obligado el análisis de los límites genéricos de todos los derechos contemplados en el artículo 7 C.c.: la buena fe y el abuso del derecho.

VIII

Desde la contraposición entre orden público y orden privado, se aborda el análisis de los límites de la autonomía privada y, por ende, de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil. Por consiguiente, el orden público aparece, desde aquella contraposición, como comprensivo de todo aquello que se sitúe fuera del alcance de la autonomía privada, ya sea por los preceptos jurídicos explícitos o implícitos -principios- ya sea por la moral social imperante o por las meras directrices valorativas del sistema jurídico que deban de presidir en cada momento el desarrollo de la autonomía privada. Esta perspectiva del orden público justifica la extrapolación de los límites de la autonomía privada contemplados en el artículo 1255 C.c. a los actos de exclusión de la ley aplicable.

IX

La lectura de la cláusula de orden público desde la norma constitucional y el sometimiento de todo el ordenamiento jurídico a lo establecido en la Constitución (art.9 CE) determinan que el contenido de la Norma fundamental se constituya como límite para la autonomía privada. En este sentido, los derechos fundamentales y su catalogación como imprescriptibles, irrenunciables, inalienables e indisponibles conduce a considerar nula cualquier renuncia, no sólo a su titularidad o a su ejercicio sino también a la protección civil que se les confiere, y por ende a la responsabilidad civil derivada de los daños que les hayan sido ocasionados.

X

El artículo 1102 C.c. representa un límite general para cualquier pacto restrictivo de responsabilidad del deudor, ya sea ésta generada por los actos propios ya por los de su auxiliar: la renuncia anticipada a la acción derivada del dolo es nula *siempre*.

XI

Pese a la inexistencia de previsión legal acerca de la renuncia a la culpa grave, creemos que es posible sostener la extensión de la nulidad de la renuncia del artículo 1102 C.c. a esta hipótesis, mediante una interpretación de la norma que atienda a sus antecedentes históricos y, asimismo, a la realidad social, es decir, al estado actual de la responsabilidad civil.

XII

La moral del artículo 1255 se configura como el aspecto axiológico del orden público, y debe ser definida, a nuestro juicio, desde los parámetros de la moral social: mayoritaria, exteriorizada y vigente, tanto temporal como espacialmente.

XIII

De esta visión universal del orden público, en cuanto omnicomprensiva de todos los límites de la autonomía privada, resulta que, depurado éste de sus concreciones en las leyes imperativas y en la moral social, viene a constituir una cláusula de cierre de los límites de la autonomía privada contemplados en el art.1255 C.c., comprendiéndose en él todas las directrices valorativas que, aun sin pertenecer a categorías anteriores, limitan también la autonomía privada.

XIV

Dentro del orden público económico o patrimonial se halla el denominado orden público de protección, que, emanado del art.9 CE, opera ante las situaciones de desprotección socio-económica de determinados individuos (consumidor, arrendatario, trabajador) y que es responsable de la nulidad de las cláusulas impuestas a ciertos contratantes débiles.

XV

La autonomía privada no alcanza, por su propia naturaleza, a poder regular los intereses que sean ajenos al titular del poder de autonomía privada que se actúa, ya sean aquéllos públicos o privados. Por esta razón, el interés público y la ausencia de perjuicio para los terceros se erigen en límite de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil, según lo preceptuado en el artículo 6.2 del Código civil para la exclusión de la ley aplicable. De este modo, la eficacia de las exoneraciones o limitaciones convencionales de responsabilidad también dependerá de que éstas no redunden en perjuicio de un interés jurídicamente protegido frente al interés de quien realiza el acto de exclusión.

XVI

La vinculación de la autonomía privada con la buena fe se explica, a nuestro juicio, desde la configuración de aquélla como un poder jurídico y desde la posición sistemática del artículo 7 del Código civil, tras la reforma del Título preliminar, que posibilita su aplicación a cualquier derecho o poder jurídico, extremo éste que se ha visto confirmado por su mención expresa en el artículo 10.1c) LCU.

XVII

El contenido de la buena fe y su función como límite de la autonomía privada podría reconducirse, a nuestro juicio, para no incurrir en reiteraciones respecto a otros límites, a la protección de la confianza suscitada, lo cual explica la invalidez, que vienen estableciendo los Tribunales, de ciertas cláusulas oscuras, imprevisibles o sorprendentes a través del expediente de la buena fe.

XVIII

Las mismas razones que justifican la aplicación del principio de la buena fe como límite de la autonomía privada, fundamentan el empleo de la doctrina del abuso del derecho a este poder jurídico, a pesar de la tradicional vinculación de esta doctrina con los derechos subjetivos *stricto sensu*, porque la utilización del abuso del derecho como instrumento para corregir las disfunciones y anormalidades en el uso de los poderes que ostentan los particulares, permite, sin dificultad, su extensión a poderes diversos de los constituidos por el derecho subjetivo *stricto sensu*, entre los cuales se halla el de autonomía privada. Por esta razón, se podrá controlar la validez de las cláusulas que se impongan en el ejercicio "anormal" de la autonomía privada con daño para tercero.

XIX

En el ámbito del Derecho de consumo, se aprecia un notable endurecimiento del régimen común de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil, propiciado por el principio constitucional de protección de los consumidores (art.51 CE). El desarrollo legislativo de este principio, en sus diversas facetas (protección al consumidor final, al perjudicado por un acto de consumo, al asegurado o al turista) ha desencadenado múltiples límites expresos para las limitaciones convencionales de responsabilidad.

XX

En condiciones generales de contratación, serán nulas las cláusulas exoneratorias de la responsabilidad del empresario frente al consumidor y las meramente limitativas cuando dicha responsabilidad afecte a la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio, según el artículo 10.1c)6º LCU, que representaría una concreción del principio de irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores enunciado con carácter general en el art.2.3 LCU.

XXI

Del artículo 11 LCU deriva la nulidad de las renunciaciones efectuadas por el consumidor a la garantía de los bienes de naturaleza duradera y de otras cláusulas insertas en los contratos de adquisición de los bienes en las que el suministrador o productor se eximan de prestar la garantía en los términos establecidos en la Ley o limiten su contenido por debajo de los mínimos que fija la norma.

XXII

La responsabilidad del productor, importador y suministrador por los daños causados por sus productos defectuosos, no podrá ser reducida frente al perjudicado por el daño mediante cláusula exoneratoria o limitativa, tal y como se desprende del art.14 de la Ley 22/94, sin perjuicio de que dichas cláusulas operen en la relación entre los sujetos responsables.

XXIII

La protección del turista, en tanto consumidor, se refleja en el expreso reconocimiento de la invalidez de las cláusulas por las que las Agencias de viaje se irresponsabilicen frente al consumidor del incumplimiento de sus obligaciones atinentes a la organización y distribución del viaje combinado (art.11.4 de la Ley de viajes combinados de 1995), reconocimiento que no resulta totalmente satisfactorio por la indefinición de aquellas obligaciones.

XXIV

Las cláusulas contenidas en las pólizas de seguros que sean limitativas de los derechos de los asegurados, entre las cuales se incluyen, a nuestro juicio, aquéllas por las que la aseguradora limita o excluye las indemnizaciones ante determinados eventos dañosos, habrán de ser específicamente aprobadas por escrito, so pena de nulidad (art.3 LCS).

XXV

La consolidación de ciertas prácticas abusivas en los conocimientos de embarque o en otros soportes documentales del contrato de transporte tendentes a eliminar o limitar la responsabilidad del porteador produjo la reacción de la comunidad internacional, que se plasmó en numerosos Tratados que han prohibido las cláusulas exoneratorias de responsabilidad. Estos Convenios, reguladores de los distintos transportes en su ámbito internacionales alejan del régimen común del Código de comercio, al impedir las cláusulas restrictivas de la responsabilidad del porteador.

XXVI

En materia de arrendamientos, tanto la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 como la Ley de arrendamientos Rústicos de 1980, establecen la nulidad de las cláusulas que modifiquen, en perjuicio de los arrendatarios de viviendas y de los rústicos, respectivamente, la regulación establecida; nulidad que se extenderá a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad del arrendador de forma general, y, en concreto, a la renuncia anticipada a ciertos derechos indemnizatorios específicamente previstos, siempre comporten un perjuicio para el arrendatario.

XXVII

El artículo 1591 del Código civil, consagra la denominada responsabilidad decenal del arquitecto y del contratista de la obra, cuya naturaleza, a nuestro entender contractual, dista de ser una cuestión pacífica en la doctrina. No obstante, y desde cualquiera de las posiciones que, en este punto, se sustenten, el interés público -la seguridad de los edificios e, incluso, de sus moradores- o, en algunos casos, el orden público de protección -la tutela del contratante débil representado por el adquirente de la vivienda- fundamentan razonablemente la nulidad de las convenciones que limite o exonere al arquitecto o al contratista de la responsabilidad derivada de la ruina del edificio.

XXVIII

Si bien la doctrina mercantilista tiende a considerar nulas las cláusulas de exoneración de la responsabilidad del auditor, sobre la base de los artículos 11 y 12 de la Ley de Auditoría de Cuentas de 1988, creemos que tal conclusión puede ser invertida: ni el artículo 11 de la LAC somete al auditor a una responsabilidad especial o imperativa, ni del artículo 12 puede derivarse la ilicitud de esos pactos.

XXIX

Las cláusulas de responsabilidad civil insertas en contratos publicitarios regulados en la Ley General de Publicidad de 1988 no podrán ser eficaces frente a las reclamaciones de terceros, sin perjuicio de que surtan plenos efectos entre los contratantes.

XXX

La posibilidad otrora imaginable de que el empresario se liberase de responsabilidad frente a sus trabajadores, por incumplimientos diversos o por accidentes de trabajo, se ve truncada en la actualidad. El artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, que sienta el principio de irrenunciabilidad de los trabajadores a sus derechos, y el orden público de protección se complementan en aras de no dejar ni un resquicio para las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

XXXI

La interpretación y calificación jurídica de las cláusulas restrictivas de responsabilidad ha de conducirse por los cánones interpretativos de los artículos 1281 y siguientes del Código civil, que serán igualmente de aplicación a la interpretación de las cláusulas contenidas en condiciones generales de contratación, teniendo en cuenta, en este caso, *"la naturaleza y objeto del contrato"* y complementándolas con las reglas interpretativas emanadas del art. 10.2 LCU.

XXXII

Al tiempo, proponemos la interpretación restrictiva de las cláusulas de irresponsabilidad; su carácter excepcional, en tanto desviaciones del régimen dispositivo, fundamenta, entre otras razones, nuestra propuesta que tiene la finalidad de reducir los posibles efectos perturbadores de estas convenciones, dotando a las cláusulas restrictivas de la menor de las intensidades posibles.

XXXIII

Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil que cumplen los límites de validez establecidos son plenamente eficaces entre las partes contratantes y poseen los efectos por ellas estipulados, ya sean exoneratorios o limitativos de la responsabilidad del deudor, y ello en virtud del art.1257 del Código civil. Desde esta perspectiva, las cláusulas restrictivas de la responsabilidad limitan total o parcialmente las consecuencias indemnizatorias previstas por las normas para el caso del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la prestación (art.1101 C.c.), dejando intactos los demás remedios jurídicos de protección y defensa del crédito, a los que podrá recurrir el acreedor.

XXXIV

La eficacia de los pactos limitativos de la responsabilidad puede, en determinadas ocasiones, extender su radio de acción y afectar a terceros, ligados contractualmente con una de las partes, que no han sido parte en el pacto de irresponsabilidad. La eventual existencia de una acción directa o la presencia de obligaciones solidarias son factores que provocan el alargamiento de los efectos restrictivos hasta alcanzar a aquellos terceros cualificados.

XXXV

Ante una cláusula restrictiva de responsabilidad que quebrante las exigencias del ordenamiento jurídico defendemos la nulidad parcial, frente a la nulidad total del contrato, como sanción general, sobre la base de la naturaleza de orden público de protección de los límites establecidos a estas cláusulas.

XXXVI

El orden público de protección podría recomendar asimismo que la nulidad parcial fuera provocada (anulabilidad) y no automática; sin embargo, consideramos que la nulidad ha de ser de pleno derecho y no sólo a causa de la letra del artículo 10.4 LCU ("*nulas de pleno derecho*"), sino porque, además, la nulidad automática protegería de forma más eficaz los intereses del contratante débil. No obstante, reservamos la anulabilidad parcial como sanción de las cláusulas afectadas por vicios del consentimiento.

XXXVII

La nulidad parcial puede provocar importantes desequilibrios en las posiciones de las partes de la relación contractual que ve amputada una de sus cláusulas. Si el desequilibrio de las prestaciones afectase a la causa (concreta) del negocio, podría sustentarse la nulidad total del mismo; bajo el presupuesto del error contractual, podría fundamentarse la eventual anulabilidad del contrato; por último, la mutación de los principios desde los que se explicaba la excepcionalidad de la rescisión, podría convertir a la rescisión en la sanción apropiada para los casos de desequilibrio prestacional a causa de la nulidad parcial, sobre todo, en el marco de la LCU.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., "La acción de la C.E.E. en materia de responsabilidad por productos defectuosos y reparación de los daños sufridos por el consumidor: adaptación del Derecho español a la Directiva 85/374/CEE", *A.C.*, 1990-3.

- "Planteamientos básicos sobre el proceso y procedimiento de la Ley General de Publicidad", *R.G.D.*, abril, 1990.

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 2ªed., Granada, Ed. Comares, 1994.

ALBALADEJO, M., "Invalidéz de la declaración de voluntad", *A.D.C.*, 1957.

- *Derecho civil*, 9ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1994.

- "La responsabilidad por daños causados por ruina de los inmuebles por defecto de la construcción", *Iniuria. R.R.C.S.*, nº6, 1995.

ALCOVER GARAU, G., *La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al Derecho español*, Madrid, Ed. Civitas, 1990.

- "La protección jurídica del turista como consumidor", en AA.VV., *Turismo y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, Conselleria de Sanitat e Seguretat Social, Govern Balear, 1991.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La interpretación de las condiciones generales de los contratos", *R.D.M.*, nº183-184, 1987.

- *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Ed. Civitas, 1991.

ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de Derecho procesal*, Madrid, Ed. Trivium, 1993, T.I.

ALONSO OLEA, M., "Derechos irrenunciables y principio de congruencia", *A.D.C.*, 1960.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, 13ªed., Madrid, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1993.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 13ªed., Madrid., Ed. Civitas, 1992.

ALONSO PÉREZ, M., "La responsabilidad precontractual", *R.C.D.I.*, 1971.

- "Comentario al art.14", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. por C. Lasarte, Madrid, Ed. Tecnos, 1996.

ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1977.

ALPA, G., "Droit italien", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, dir. par J. GHESTIN, Paris, Ed. L.G.D.J., 1990.

- "La actuación de la directiva comunitaria sobre la responsabilidad del productor", *R.J.C.*, nº2, 1991 y en *Estudios sobre Consumo*, nº16, 1989.

- "Commentario all'art.12" en AA.VV., *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, Giuffré Ed., 1990.

- "Introduzione alla nuova giurisprudenza", en AA.VV., *Il contratto in generale*, dir. da G. ALPA e M. BESSONE, Torino, Ed. UTET, 1991, T.I.

ALTER, M., *Droit des transports terrestres, aériens et maritimes internes et internationaux*, 2ªed., Paris, Ed. Dalloz, 1989.

ÁLVAREZ MORENO, M.T., "Las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº17, abril 1993.

- "Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 17 de julio de 1993)", *R.D.P.*, julio-agosto, 1994.

AMESTI MENDIZÁBAL, C., "La actuación de los auditores en la sociedad anónima: la responsabilidad de los auditores de la sociedad anónima", *Cuadernos de la Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº3, 1995.

AMORÓS GUARDIOLA, M., "Comentario al art.6.2", en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título preliminar del Código civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, Ed. Tecnos, 1975.

- "Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro", *A.D.C.*, nº36, 1983.

ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, 2ªed., Madrid, Ed. Akal, 1986.

ANTUNES VARELA, J.M., *Das obrigações em geral*, Coimbra, Ed. Almedina, 1993.

ARANA GONDRA, F.J., *Ley de Auditoría de Cuentas*, en *Comentarios a la legislación mercantil*, dir. por F. Sánchez Calero, Madrid, Ed. EDESA, 1995.

ARRECHEDERRA ARANZADI, L.I., *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1978.

ASCARELLI, T., "Clausole di esonero da responsabilità nel trasporto marittimo e inversione convenzionale dell'onere della prova", en *Studi in tema di contratti*, Milano, Ed. Giuffré, 1952.

ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *La culpa in contrahendo. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1989.

ATAZ LÓPEZ, J., "La legitimación pasiva en la Ley 22/94 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", *Iniuria. R.R.C.S.*, nº5, 1995.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Ed. Civitas, 1986.

AULETTA, G., "Limitazione di responsabilità del vettore marittimo", *Rivista di Diritto della Navigazione*, 1952-I.

AULETTA, T.A., "Le clausole vessatorie nella giurisprudenza", en AA.VV., *Le condizioni generali di contratto*, a cura de M. Bianca, Milano, Ed. Giuffré, 1979, T.I.

AURIOLES MARTÍN, A., "La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje", *R.D.M.*, nº206, 1992.

AYNES, L., "Droit français", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, dir par J.GHESTIN, Paris, Ed. L.G.D.J., 1990.

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en las obligaciones civiles*, Bolonia, Ed. Studia Albornoiana, 1987.

- "Comentario al artículo 1101", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1992, T.II.

- "Comentario al artículo 1102", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1992, T.II.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., "Limitaciones de la autonomía privada", en AA.VV., *Estudios en homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*, Madrid, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1988, T.II.

BALLARÍN IRIBARREN, F., "Derechos fundamentales y relaciones particulares", *R.E.D.C.*, nº24, 1988.

BARBERO, D., *Sistema de Derecho privado*, trad. esp., Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1967, T.IV.

BARBIERA, L., "Responsabilità patrimoniale. Disposizione generali", en *Il Codice civile. Commentario*, dir. da P. Schlesinger, Milano, Giuffré Ed., 1991.

BARCELLONA, P., *Gli istituti fondamentali del Diritto privato*, Napoli, Ed. Eugenio Jovene, 1972.

BATLLE, M., "Comentario al art. 6.3", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1978, T.I.

- "Comentario al art.7", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1978, T.I.

BEALE, H., "Droit anglais", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, dir. par J.GHESTIN, Paris, Ed. L.G.D.J., 1990.

BELLO JANEIRO, D., "Cláusulas de exclusión o reducción de la responsabilidad en la L.G.D.C.U.", *R.G.D.*, nº585, 1993.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1990.

BÉNABENT, A., *Droit civil. Les obligations*, 4ªed., Paris, Ed. Montchrestien, 1994.

BENATTI, F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè Ed., 1963.

- *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, Giuffrè. Ed., 1971.

BENJAMÍN, A.H.V., "El Derecho del consumidor", *Estudios sobre Consumo*, nº24, 1992.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "La protección de los consumidores en el Derecho español", *Estudios sobre Consumo*, nº1, 1984.

- "Comentario al artículo 1 de la LCU", en AA.VV., *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. SALAS, Madrid, Ed. Civitas, 1992.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa", *A.D.C.*, 1969-II.

- "La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios", *Estudios sobre consumo*, nº3, 1984.

- "Comentario a la sentencia 26 de mayo de 1986", *C.C.J.C.*, nº11, 1986.

- "La defensa contractual del consumidor en la LCU", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987.

- "La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades europeas de 25 de julio de 1985", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987.

- "La adaptación del Derecho español a la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos", *Estudios sobre Consumo*, nº12, 1988.

- "Comentario a la SAP Valencia de 23 de octubre de 1989 y a la SAP Bilbao de 15 de enero de 1990", *Poder Judicial*, nº20, 1990.

- "Comentario al capítulo VIII LCU", en AA.VV., *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. SALAS, Madrid, Ed. Civitas, 1992.

- "La reforma del Derecho de la contratación en España. Introducción general del tema", ponencia presentada en el *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores*, Zaragoza, 15-18 de noviembre, 1993.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987.

BERLINGIERI, F., "Sulle clusole di irresponsabilità degli armatori", en *VI Congresso Giuridico Nazionale. Relazione*, Milano, 1906.

BERLIOZ, G., *Le contrat de adhesion*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1976.

BERMEJO VERA, J., "Aspectos jurídicos de la protección del consumidor", *R.A.P.*, 1978.

BESSONE, M., "Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza", *Riv. Dir. Comm.*, 1974-I.

BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*, trad. de J.L. de los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado, 1969, T. I y II.

- *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de J.L. de los Mozos, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1975.

BIANCA, M., "De'll inadempimento delle obbligazione", en AA.VV., *Commentario del Codice civile*, a cura de Scialoja e Branca, Libro IV, Bologna-Roma, 1967.

- "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", *Riv.Dir.Civ.*, 1983-I.

- "La nozione di buona fede", en AA.VV., *Lecture di Diritto civile*, raccolte da G.Alpa e P.Zatti, Padova, Ed.Cedam, 1990.

BLANCO GÓMEZ, J., *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en el Derecho sustantivo español*, Madrid, Ed. Dykinson, 1996.

BONNECASE, J., *Elementos de Derecho civil*, trad, esp., Mejico, Ed. J.M. Cajica, 1945, T.II.

BONET CORREA, J., "Los actos contrarios a las normas y sus sanciones", *A.D.C.*, 1986.

BONET NAVARRO, A., "Las cláusulas de renuncia a la defensa, previas al juicio", *R.D.P.*, 1978-I.

BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959, T.I.

BORRELL MACIÀ, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, 2ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1958.

BORTOLOTTI, F., "Il diritto di rivalsa nei rapporti tra distributori e produttori", en AA.VV., *Responsabilità del produttore e nuove forme di tutela del consumatore*, Milano, EGEA, 1993.

BOTANA GARCÍA, G., "Noción de consumidor en el Derecho comparado", *Estudios sobre Consumo*, nº18, 1990.

- "Incidencia de los instrumentos de Derecho comunitario en la protección de los consumidores", *A.C.*, nº3, 1993.

- *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, Barcelona, Ed. Bosch, 1994.

BOURGOIGNIE, T., "Les clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité du professionnel à l'égard du consommateur: clauses en sursis?", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, dir. par J.GHESTIN, Paris, Ed. L.G.D.J., 1990.

- "Deslealtad y control abstracto de los abusos en las relaciones comerciante-consumidor", *Estudios sobre Consumo*, nº24, 1992.

BOVINCINI, E., *La responsabilità civile per fatto altrui*, Milano, Giuffrè Ed., 1976.

BOYER, L., "Contrats et conventions", en *Encyclopédie DALLOZ*. Civil. T.III.

BRANCA, G., *Istituzioni di Diritto privato*, 4ªed., Bologna, Ed. Zarichelli, 1969.

BRECCIA, U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, Giuffrè Ed., 1968.

- "La colpa professionale", in AA.VV., *Il contratto in generale*, dir. da G. Alpa e M. Bessone, Torino, Ed. UTET, 1991, T.IV-2º.

BROSETA PONT, M., "Aspectos generales para una introducción sobre el Derecho de los consumidores", en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1981.

- *Manual de Derecho mercantil*, 16ªed., Madrid, Ed. Tecnos, 1994.

BUSNELLI, F. y PONZANELLI, G., "La responsabilità del produttore tra legge speciale e Codice civile", en AA.VV., *Il danno da prodotti (In Italia, Austria, Repubblica Federale di Germania, Svizzera)*, a cura di S.Patti, Padova, Ed. Cedam, 1990.

BUSTOS PUECHE, J.E., "Sobre los límites de la autonomía privada en el Código civil", en AA.VV., *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, coord. por L. García San Miguel, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá de Henares, 1995.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", *R.C.D.I.*, 1992.

- "Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor", *R.D.C.*, 1983.

- "Comentario al artículo 6.2", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Madrid, Ed. EDERSA, 1992.

CABELLA PISU, L., "Clausole di limitazione o esclusione del risarcimento", en AA.VV., *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, Ed. Giuffré, 1984.

CADARSO PALAU, J., "En torno a la condena in solidum de los responsables ex art.1591 del Código civil", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, T.IV.

CAFFARENA LAPORTA, J., "Comentario al art.1140", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid, Ed.Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1992, T.II.

- "Responsabilidad civil por defectos de la construcción", ponencia presentada en el *Seminario sobre Responsabilidad civil y seguro*, en la U.I.M.P., Santander, 18-22 de julio, 1994.

CALABRESI, G., *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, trad. esp., Barcelona, Ed. Ariel, 1984.

CALAIS-AULOY, J., *Droit de la consommation*, 3ªed., París, Ed. Dalloz, 1992.

- "Les clauses abusives en Droit français", en AA.VV., *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe. Actes de la Table ronde 12 dic. 1990*, dirigido por J. Ghestin, París, Ed. L.G.D.J., 1991.

- "Le droit de la consommation, facteur d'évolution du droit des contrats: l'expérience française", ponencia presentada en el *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores*, Zaragoza, 15-18 de noviembre, 1993.

CALVO GARCÍA, M., "La nueva hermenéutica jurídica", en *Fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Ed. Tecnos, 1994.

CANO MATA, A., "La interpretación de los contratos civiles", *A.D.C.*, 1971-I.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., "Orden público y orden privado en el ordenamiento jurídico", *R.D.N.*, 1989.

CANO TELLO, C., "El Derecho Civil, cauce y límite de la autonomía privada", *R.C.D.I.*, 1979.

CANTILLO, M., *Le obbligazioni*, Torino, Ed. Torinese, 1993.

CAPITANT, H., *Les grandes arrêts de la jurisprudence civile*, 9ª ed., Paris, Ed. Dalloz, 1991.

CARBONNIER, J., *Derecho civil. El Derecho de las obligaciones y la situación contractual*, trad. esp., Barcelona, Ed. Bosch, 1970, T.II, vol.2º.

CARNEVALI, U., *La responsabilità del produttore*, Milano, Giuffré Ed., 1974.

CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la STS 9 de febrero de 1983", *C.C.J.C.*, nº1, 1983.

- "Comentario al artículo 1101 del C.c.", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1983, T.XV, vol.1º.

- "Comentario al artículo 1102 del C.c.", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1983, T.XV, vol.1º.

- "Comentario al art.1107" en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1983, T.XV, vol.1º.

- "Comentario al art.6.3", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1992, T.I, vol.1º.

CARRIÓN OLMOS, S., "Algunas consideraciones en sede doctrinal sobre el error de Derecho", en AA.VV., *Centenario del Código civil*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, T.II.

CASAS BAAMONDE, M.E., "La individualización de las relaciones laborales", *Relaciones laborales*, 1991-II.

CASAS VALLÉS, R., "Defensa de los consumidores y Derecho Civil", *R.J.C.*, nº1, 1992.

CASELLA, G., *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, Giuffré Ed., 1974.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 16ª ed., revisada por G. García Cantero, Madrid, Ed. Reus, 1992, T.III.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., "El abuso del derecho en el nuevo Título preliminar del Código civil", en AA.VV., *El Título preliminar del Código civil*, Academia Matritense del Notariado, Madrid, Ed.R.D.P., 1977, vol.1º.

CATTANEO, G., "Buona fede obbiettiva e abuso del diritto", *Riv.Trim.Dir.Proc. Civ.*, 1971.

CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, Ed. Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1985.

- "Comentario a la S.T.S. 22 octubre 1992", *C.C.J.C.*, nº30, 1992.

- "Las prestaciones propias de cada producto o servicio (art.8.1 de la LGDCU)", *Ar. Civ.*, 1993-I.

- "Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/94 de 6 de julio", *Iniuria. R.R.C.S.*, nº5, 1995.

CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.

CECCHINI ROSELL, X., *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, Valencia, Ed. Tirant lo Blnach, 1996.

CELINE, R., *El error en los contratos*, trad.esp., Madrid, Ed. Góngora.

CENDON, P., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, Ed. Giappichelli, 1974.

CIAN, G., "Lata culpa dolo aequiparatur", *Riv. Dir. Civ.*, 1963-I.

CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L.H., "Comentario a la STS de 28 de enero de 1983", *C.C.J.J.*, nº1, 1983.

- "El control de las condiciones generales de contratación",

- "Comentario al artículo 10.4" en AA.VV., *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. SALAS, Madrid, Ed. Civitas, 1992.

CLEMENTE DE DIEGO, F., "La analogía en el Código civil español", *R.D.P.*, 1913-1914.

COASE, R., "El problema del coste social", *Hacienda Pública española*, nº68, 1981.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*, 4ªed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.

COCA PAYERAS, M., "Comentario al artículo 10.1.a)", en AA.VV., *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Salas, Madrid, Ed. Civitas, 1992.

- "Comentario al art. 10.2", en AA.VV., *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Salas, Madrid, Ed. Civitas, 1992.

COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada*, Barcelona, Ed. Bosch, 1997.

COLOMBATO, M., "La legge inglese del 1977 sulle clausole di esonerazione da responsabilità", *Riv.Dir.Civ.*, 1980.

CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., "Autonomía individual: condiciones de desarrollo", *Relaciones laborales*, 1991-II.

CONSTANZA, . "L'interpretazione del contratto. Parte generale", en AA.VV., *Il contratto in generale*, dir. da G.ALPA e M. BESSONE, Torino, ED. UTET, 1991, T.IV-1º.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba", *R.D.Pr.*, 1972.

- "Comentario al art.1214", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1991, T.II.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V. y GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal. Proceso civil*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1993.

CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Ed. Tecnos, 1989.

- "La responsabilidad del deudor por sus auxiliares", *A.D.C.*, 1989.

- *La estructura y los sujetos de las obligaciones*, Madrid, Ed. Civitas, 1990.

- "Excepciones oponibles al deudor solidario", *R.D.P.*, noviembre, 1990.

CRISCUOLI, G., *Nullità parziale del negozio giuridico. Teoria general*, Milán, Giuffré Ed., 1959.

- "Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà", *Riv.Dir.Civ.*, 1964-I.

CHICO Y ORTIZ, J.M., *Estudios de Derecho hipotecario*, 2ªed., Madrid, Ed. Marcial Pons, 1989, T.II.

CHIRONI, G.P., *La culpa en el Derecho civil moderno*, trad. esp., 2ªed., Madrid, Ed. Reus, 1978, T.I y II.

CHITTY, *On contracts*, 27ªed., London, Sweet & Maxwell, 1994, vol.1º (*General Principles*).

D'ANTONA, S., "La autonomía individual y las fuentes del Derecho del trabajo", *Relaciones laborales*, 1991-II.

DAVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1992.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Comentario al art.7", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1992, T.I

- "Comentario al art.1107", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1992, T.II.

- "Puesto que ocupa el derecho de daños en el Derecho de obligaciones", ponencia presentada en el *Congreso internacional sobre la reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores*, Zaragoza, 15-18 de noviembre de 1993.

- *Tratado de Responsabilidad Civil*, Madrid, Ed. Civitas, 1993.

- "Responsabilidad civil por los daños causados por productos y servicios defectuosos", ponencia presentada en el *Seminario sobre Responsabilidad civil y seguro*, en la U.I.M.P., Santander, 18-22 de julio de 1994.

- "Puesto que ocupa el derecho de daños en el Derecho de obligaciones", *Estudios de Deusto*, vol.43, 1995.

- *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, Ed. Civitas, 1995.

DE CASTRO Y BRAVO, F., "El ejercicio de los derechos", en *Temas de Derecho civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1972.

- "Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley. Consideraciones en torno al artículo 3º, apartado 1, del Código civil", *A.D.C.*, 1977-II.

- *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, 2ªed., Madrid, Ed.Civitas, 1985.

- "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad (La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor)", *A.D.C.*, 1982.

- *Derecho civil de España*, Madrid, Ed. Civitas, 1984.
- *El negocio jurídico*, Madrid, Ed. Civitas, 1991.

DE COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955.

- *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, Ed. Civitas, 1988, T.I.

DE CUPIS, A., *El daño*, trad.esp. de la 2ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1975.

DE LA CUESTA RUTE, J.M., "Observaciones sobre la Ley General de Publicidad", en AA.VV., *Perspectivas actuales del Derecho mercantil*, coord. por F. Sánchez Calero, Madrid, Ed. Aranzadi, 1995.

DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M.A., *Derecho procesal civil*, 3ªed., Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

DE LA VEGA BENAYAS, C., *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código civil*, Madrid, Ed. Civitas, 1976.

DE LEÓN ARCE, A., *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid, Ed. Eurolex, 1995.

DE LOS MOZOS, J.L., *El principio general de la buena fe (Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español)*, Barcelona, Ed. Bosch, 1965.

- *El negocio jurídico. Estudios de Derecho civil*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1987.

DE NOVA, G., *Il contratto di leasing con sentenze e altri materiali*, 3ªed., Milano, Giuffrè Ed., 1995.

DE VEGA GARCÍA, P., "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social", en AA.VV., *Derecho y economía en el Estado social*, ed. por J. Corcuera y M.A. García Herrera, Madrid, Ed. Tecnos, 1988.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La anulabilidad", *A.D.C.*, 1958.

- "Comentario a los artículos 1300 y ss. C.c." en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1981, T.XVII, vol.2º.

- "De la nulidad de los contratos", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1981, T.XVII, vol.2º.

- "El rescimiento de daños", en LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho civil*, Barcelona, Ed. Bosch, 1994, T.II-1º.

- "Ineficacia y validez de los contratos", en LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho civil*, Barcelona, Ed. Bosch, 1994, T.II-1º.

DI GREGORIO, V., "Le clause di esonero da responsabilità contrattuale a favore del concedente nel contratto de leasing", *N.G.C.C.*, 1992-II.

DÍAZ ALABART, S., "Comentario al artículo 1103 del C.c.", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1983, T.XV, vol.1º.

- "Comentario al artículo 10.1c)", en AA.VV., *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. SALAS, Madrid, Ed. Civitas, 1992.

DÍAZ ALABART, S., y GÓMEZ LAPLAZA, M.C., "Responsabilidad civil por los daños por productos defectuosos", *Actualidad Civil*, nº25, 1995.

DÍAZ JIMÉNEZ, M.C., "Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº101, 1993.

DÍAZ DE LEZCANO Y SEVILLANO, L., "La responsabilidad del productor: referencia a la Directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación", *A.D.C.*, 1990.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, Ed. Civitas, 1996.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Los llamados contratos forzosos", *A.D.C.*, 1956.

- "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico", *A.D.C.*, 1961.

- "El abuso del derecho y el fraude a la ley en el nuevo Título preliminar del Código civil y el problema de sus recíprocas relaciones", *Documentación Jurídica*, nº4, 1974.

- "La responsabilidad civil hoy", *A.D.C.*, 1979-I.

- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 3ªed. Madrid, Ed. Tecnos, 1981, vol.II.

- "Prólogo" a Franz WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Madrid, Ed. Civitas, 1986.

- *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 2ªed., Barcelona, Ed. Ariel, 1987.

- *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (dos esbozos)*, 2ªed., Madrid, Ed. Civitas, 1987.

- "Comentario al art.1257", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1992, T.II.

- "La anulabilidad en los contratos", en AA.VV., *Estudios en homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, Barcelona, Ed.Bosch, 1993, vol.2º.

- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 4ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 1993, T.I y II.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, 6ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1992, vol.2º y 3º.

- *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995

DOMONT-NAERT, F., "L'évolution du Droit des contrats au regard de la protection des consommateurs de Belgique", ponencia presentada en el *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores*, Zaragoza, 15-18 de noviembre, 1993.

DORAL, J.A., *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1967.

- "Contenido y control de las cláusulas excesivas: soluciones jurisprudenciales", en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, Barcelona, Ed. Bosch, 1993, vol.2º.

D'OVIDIO, L., "Studi sulle clusole di irresponsabilità", *Rivista di Diritto della Navigazione*, 1938-I.

DUFWA, B.W., "Droit suisse", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, dir. par J.GHESTIN, Paris, Ed. L.G.D.J., 1990.

DUQUE, J., "La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Estudios sobre Consumo*, nº3, 1984.

DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ DE LARA, C., "Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las relaciones de trabajo", *Relaciones laborales*, 1991-II.

DURAND, P., *Des conventions d'irresponsabilité*, Paris, Ed. Godde, 1932.

ECCHER, B., "Sulla legge austriaca per la tutela dei consumatori", *Riv.Dir. Civ.*, 1980.

ECHEVARRÍA RIVERA, L., "Algunas cláusulas interesantes de los documentos de Derecho marítimo", *R.D.M.*, 1961.

EGEA FERNANDEZ, J. y MIRALLES GONZÁLEZ, I., "La protecció del consumidor i de l'usuari en la contractació civil catalana", *R.J.C.*, nº1, 1992.

EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.A., "La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial", *Ar.Civ.*, nº12, 1994.

EMBED IRUJO, "El consumidor ante el Derecho de seguros", en AA.VV., *Estudios de Derecho de consumo*, 2ªed., Bilbao, Ed. Iberdrola, 1994.

EMPARANZA, A., "La directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores y su repercusión en el ordenamiento español", *R.D.M.*, nº213, 1994.

ENNECERUS, L. y LEHMAN, H., *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, trad. esp., Barcelona, Ed. Bosch, 1950, T.II, vol.2º.

ESMEIN, P., "Prefacio" a MALAURIE, P., *L'ordre public et le contrat (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Reims, Ed. Matot-Braine, 1953.

ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., "La responsabilidad patrimonial universal. Aspectos de la limitación permitida en el art.140 de la Ley Hipotecaria", *R.D.N.*, 1958.

ESPÍN ALBA, I., *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Madrid., Ed. Marcial Pons, 1997.

ESPÍN CÁNOVAS, D., "La cláusula penal en las obligaciones contractuales", *R.D.P.*, 1946.

- "Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa", *A.D.C.*, 1963.

- *Manual de Derecho Civil*, 6ª ed., Madrid, Ed. EDERSA, 1983, vol. III.

- "Algunos aspectos de la rescisión por causa de lesión", *R.D.P.*, 1988-I.

ESTEVE GARCÍA, F., "La consecución del mercado interior y la política comunitaria para la defensa del consumidor", en *Directiva.Revista Jurídica de Estudios Monográficos*, 4ºtrim., 1990.

FALCÓN Y TELLA, M.J., *El argumento analógico en el Derecho*, Madrid, Ed. Civitas, 1991.

FERNÁNDEZ COSTALES, J., *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, Ed. La Ley, 1984.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., "Responsabilidad civil por productos defectuosos", *Revista Comunidad Europea Aranzadi*, nº4, 1995.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., "Imputabilidad y responsabilidad objetiva", *A.D.C.*, 1968-II.

FERRARA, F., *Teoria dell negozio illecito nell Diritto civile italiano*, 2ªed., Milano, Società Editrice Libreria, 1914.

FERRARA SANTAMARÍA, M., *Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, Ed. Dott. Eugenio Jovene, 1939.

FERRARINI, S., "Nota a la Cass. 12 aprile 1946, n.428", *For. it.*, 1944-46, I.

FERRI, L., *La autonomía privada*, trad. de L. Sáncho Mendizábal, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1969.

FERRI, G.B., "L'ordine pubblico economico", *Riv. Dir. Comm.*, 1963-II.

- "Volontá del privato e volontà della lege nella nullitá del negozio giuridico", *Riv.Dir.Comm.*, 1963-II.

- "Nullitá parziale e clausole vessatorie", *Riv.Dir. Comm.*, 1977-I.

- *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, Giuffré Ed., 1970.

- "Il buon costume", en AA.VV., *Il contratto in generale*, dir. da G. Alpa e M. Bessone, Torino, UTET, 1991, T.IV-1º.

FIGA FAURA, L., "La renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la ley", en AA.VV., *El Título preliminar del Código civil*, Madrid, Academia Matritense del Notariado, Ed. Revista de Derecho Privado, 1977, T.I., vol.1º.

FLOUR, J. y AUBERT, J.L., *Les obligations (L'acte juridique)*, Paris, Ed. A.Colin, 1991.

FONT GALÁN, J.I., "¿Hacia un sistema jurídico mercantil de faz completamente nueva? La LCU: un instrumento para la realización histórica de un Derecho mercantil del Estado social", *R.D.M.*, nº177, 1985.

FONT SERRA, E., *La competencia territorial en el proceso civil. Tratamiento procesal y jurisprudencial*, Barcelona, Ed. Cedecs, 1996.

FONTAINE, M., "Observations sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, dir. par J.GHESTIN, Paris, Ed. L.G.D.J., 1990.

FRAGALI, "Clausole, frammento di clausole, rapporti fra clausole e negozio", *Giustizia civile*, 1959, T.I.

FREIXES SANJUAN, T., *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, Ed. PPU, 1992.

FUENMAYOR, A. de, *Estudios de Derecho civil*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1992, T.I.

FUSARO, A., "La nullità parziale", en *La nuova giurisprudenza civile comentata*, 1990-II.

GALGANO, F., *El negocio jurídico*, trad. esp., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1992.

- *Diritto civile e commerciale*, 2ªed., Milano, Ed. Cedam, 1993, T.II-2º.

GANDOLFI, G., "Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto", en AA.VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, Ed. Cedam, 1992.

GARCIA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, Ed. Tecnos, 1965.

- *Las condiciones generales de los contratos*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1969.

- "La integración del negocio jurídico", *R.D.N.*, 1980.

- "Integración del contrato de seguro", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro*, Madrid, Ed. C.U.N.E.F., 1982.

- "La defensa de los consumidores desde el Derecho privado", *R.D.P.*, 1985.

- "El contrato en la perspectiva comunitaria", *A.C.* enero-febrero, 1992.

- *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, Ed. Mc Graw Hill, 1995.

GARCÍA CANTERO, G., "La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código civil", *A.D.C.*, 1963.

- "Comentario al art.1483", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado,

- "Droit espagnol", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, dirigido por J.GHESTIN, Paris, Ed. L.G.D.J., 1990.

- "Comentario al art.11", en AA.VV., *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. SALAS, Madrid, Ed. Civitas, 1992.

GARCIA GOYENA, F., *Concordancias. Motivos y comentarios del Código Civil*, reimpr.edic. 1852, Zaragoza, Ed. Marcial Pons, 1974.

GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, Ed. Bosch, 1990.

GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991.

GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1986.

GARCÍA VALDECASAS, G., "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español", *R.D.P.*, 1962.

GARCÍA VALLES, R., "Cláusulas referentes a incumplimiento de contratos", *R.J.C.*, 1970.

GARRIGUES, F., *Curso de Derecho mercantil*, 5ªed. Madrid, 1969.

- *Contratos bancarios*, 2ªed., Madrid, 1975.

- *El contrato de seguro terrestre*, 2ªed., Madrid, Ed. J. Garrigues, 1982.

GAUDEMET, E., *Théorie générale des obligations*, Paris, Ed. Sirey, 1965.

GETE-ALONSO CALERA, M.C., "Comentario al art.7", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1992, T.I-2º.

GHESTIN, J., *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, 3ªed., Paris, Ed. L.G.D.J., 1993.

- "Une réforme souhaitable du Code civil: la sanction du défaut de conformité et de sécurité des produits", ponencia presentada en el *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores*, Zaragoza, 15-18 de noviembre, 1993.

GHESTIN, J. y FONTAINE, M., *Les effets du contrat à l'égard des tiers (Comparaisons franco-belges)*, Paris, Ed.L.G.D.J., 1992.

GIARDINA, F., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Significato attuale a una distinzione tradizionale)*, Milano, Giuffrè Ed., 1993.

GIL RODRÍGUEZ, J., "Eficacia y aplicación de la norma civil", en AA.VV., *Manual de Derecho civil. Introducción y Derecho de la persona*, dir. por ..., Valencia, Ed. Marcial Pons, 1995.

GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones*, trad.esp., 2ªed., Madrid, Ed. Reus, 1978, vol.3º.

GIORGIANNI, M., *La obligación (La parte general de las obligaciones)*, trad. esp., Barcelona, Ed. Bosch, 1958.

GIURNELLI, MONTICELLI e ZUDDAS, *Il contratto d'albergo. Il contratto di viaggio. I contratti di tempo libero*, Milano, Giuffrè Ed., 1994.

GÓMEZ, F. y PASTOR, S., "El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico", *A.D.C.*, 1990-I.

GÓMEZ CALERO, J., *Contratos mercantiles con cláusula penal*, Madrid, Ed. Civitas, 1980.

- *El transporte internacional de mercancías*, Madrid, Ed. Civitas, 1984.

- *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Madrid, Ed. Dykinson, 1994.

GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, Ed. La Ley, 1994.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La responsabilidad civil de los promotores constructores y técnicos por los defectos técnicos de construcción (Estudio del artículo 1591 y su problemática actual)*, 2ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1993.

- *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, Actualidad Ed., 1995.

GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, 13ª ed., Madrid, Ed. Librería de Gabriel Sánchez, 1881, T.II.

GÓMEZ LAPLAZA, M.C., "Comentario al art.9", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. por C. Lasarte, Madrid, Ed. Tecnos, 1996.

GÓMEZ MARTINHO FAERNA, A., "La nulidad parcial de los negocios jurídicos", en AA.VV., *Estudios de Derecho privado*, dir. por A. Martínez Radio, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1962.

GÓMEZ-ACEBO, F., "La buena y mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código civil", *R.D.P.*, 1952.

GONDRA, J.M., "Condiciones generales de la contratación y protección de la parte más débil en el Derecho uniforme de la compraventa internacional", en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, Ed. Civitas, 1978.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M., "Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transportes y su conexión con el seguro de la responsabilidad general)", *R.D.M.*, nº150, 1978.

GONZÁLEZ RIVAS, J.J., *Estudio-comentario jurisprudencial de la protección constitucional de los derechos fundamentales*, Granada, Ed. Comares, 1992.

GORASSINI, A., *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Milano, Giuffré Ed., 1990.

GORDILLO CAÑAS, A., "La nulidad parcial del negocio con precio ilegal", *A.D.C.*, 1975.

GOUTAL, J.L., *Le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1981.

GRASETTI, C., *L'interpretazione del negozio giuridico (Con particolari riguardo ai contratti)*, Padova, Ed. Cedam, 1983.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., "Comentario al art.14", en AA.VV., *Arrendamientos Urbanos*, Madrid, Ed. Lex Nova, 1996, vol.1º.

GUILARTE ZAPATERO, V., "Comentario a los artículos 1137 a 1140", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado,

- "Comentario al art.6", en AA.VV., *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. por X. O'Callaghan, Madrid, EDESA, 1995.

GULLÓN BALLESTEROS, A., "En torno a los llamados contratos en daño a tercero", *R.D.N.*, 1958.

- "Comentario al art.1911", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid., Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1992, T.II.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, Ed. Librería Gabriel Sánchez, 1869, T.IV.

HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, trad. esp., Barcelona, Ed. Ariel, 1987.

HERNÁNDEZ GIL, A., "La solidaridad en las obligaciones", *R.D.P.*, 1946.

- *Derecho de obligaciones*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1983.

- "La concepción ética y unitaria de la buena fe", en *Obras Completas*, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1986, T.I (*Conceptos jurídicos fundamentales*).

- "La propiedad privada y la función social en la Constitución", *Poder Judicial*, nº14, 1989.

HERNÁNDEZ IZAL, S., "La cláusula de limitación de la responsabilidad en los conocimientos de embarque", *R.D.M.*, 1953.

HERRADA ROMERO, R.I., "Reflexiones sobre la caracterización jurídica del contrato de garaje", *R.D.P.*, octubre, 1994.

HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑON, M., "Marginales al nuevo Título Preliminar del Código Civil", *R.E.D.A.*, 1974.

HOLOCH, G., "Prospettive di evoluzione della responsabilità del produttore nel diritto tedesco", en AA.VV., *Il danno da prodotti*, a cura de S. Patti, Padova, Ed. Cedam, 1990.

HONORAT, J., *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1969.

HUALDE MANSO, T., *El transporte de viajeros por carretera. Régimen de responsabilidad civil*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1995.

ILLESCAS ORTIZ, R., "El lenguaje de las pólizas", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro*, Madrid, Ed. C.U.N.E.F., 1982, T.I.

- "Comentario al art.211 L.S.A.", en AA.VV., *Comentario al régimen general de las sociedades mercantiles*, dir. por R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia, Madrid, Ed. Civitas, 1993, T.VIII-2º.

IRTI, N., *La edad de la descodificación*, trad.esp., Barcelona, Ed. Bosch, 1992.

JAMIN, C., *La notion d'action directe*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1991.

JANÉ BONET, J., *Análisis jurídico de la auditoría de cuentas. Estudio particular de la figura del auditor*, Barcelona, Ed. Bosch, 1995.

JIMÉNEZ HORWITZ, M., *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, Ed. Mc Graw Hill, 1996.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., *Derecho mercantil*, Barcelona, Ed. Ariel, 1990.

JORDANO BAREA, J., "Dictamen sobre abuso de derecho y fraude a la ley", *A.D.C.*, 1960-II.

- "La interpretación de los contratos", en AA.VV., *Estudios en homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*, Madrid, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1988, T.I.

- "Comentario a los arts. 1281 a 1289", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid., Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1992, T.II.

- "Las obligaciones solidarias", en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, T.IV.

JORDANO FRAGA, F., "Aspectos problemáticos de la responsabilidad civil del médico", *R.G.L.J.*, 1985.

- *La responsabilidad contractual*, Madrid, Ed. Civitas, 1987.

- *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, Ed. Civitas, 1994.

KALINOWSKI, G., *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*, trad. esp., Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1973.

LABANDERA Y BLANCO, V., "Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el C.C.", *R.D.P.*, 1913-14.

LACRUZ BERDEJO, J.L., "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", *R.C.D.I.*, 1969.

- *Elementos de Derecho civil*, 2ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1985, T.II, vol.1º y 2º.

LALAGUNA, E., "La libertad contractual", *R.D.P.*, 1972.

- *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, 2ªed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1993.

- "La ignorancia de la ley y el error de Derecho", en AA.VV., *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia jurídica en homenaje a D. Luis Legaz Lacambra*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983, T.I.

LALOU, H., *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6ªed., Paris, Ed. Dalloz, 1962.

LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. por L. Díez-Picazo, Madrid, Ed. Civitas, 1985.

- *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona, Ed. Ariel, 1994.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, 2ªed., Madrid, Ed. Trivium, 1993, T.I.

LASERRA, G., *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, Ed. Eugenio Jovene, 1966.

LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la codificación española*, Madrid, Ed. Comisión General de Codificación, 1970, vol.1º.

LAWSON, R., *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 4ªed., London, Law & Tax, 1995.

LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, 2ªed., París, Ed. Dalloz, 1976.

LEITE CONVERTI, L.R., "Il Decreto-Legge portoghese N.446/85 sui contratti per adesione", *Riv.Dir.Civ.*, 1988-I.

LEMA DEVESA, C., "La publicidad engañosa en el Derecho español", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, T.I.

LESERVOISIER, Y., *La responsabilité civile résultant du transport gratuit de personnes en droit français et en droit anglais*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1966.

LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de obligaciones*, 2ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1995, vol.2º.

LEVI, G., *L'abuso del diritto*, Milano, Giuffrè Ed., 1993.

LEWISON, K., *The interpretation of the contract*, 2ªed., London, Ed. Sweet & Maxwell, 1996.

LOIS CABALLÉ, M.I., "La Ley 22/94 de responsabilidad civil por productos defectuosos. La incorporación de la Directiva 85/374 en el orden jurídico español", *Revista Derecho de los negocios*, nº54, 1995.

LÓPEZ, A. y MONTÉS, V., *Derecho civil. Parte general*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1992.

LÓPEZ AGUILAR, J.F., *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

LÓPEZ FRÍAS, A., "Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español", *A.D.C.*, 1990.

- *Los contratos conexos (Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal)*, Barcelona, Ed. Bosch, 1994.

LÓPEZ SANCHEZ, M.A., "Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español", *R.G.L.J.*, 1987.

- "Sobre la aplicación a los agricultores de la LCU", *R.D.A.A.*, nº6-7, 1987.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "De la interpretación de los contratos", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, T.XVII-2º, 1995.

LOPEZ-COBO, C.I., "La evolución del seguro de responsabilidad civil", *Revista Responsabilidad Civil, Circulación y Seguros*, mayo, 1983.

MARTÍ, J.N., "La publicidad y el derecho-deber de información", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, T.II.

MARTÍN BERNAL, J.M., *El abuso del derecho*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1982.

MARTÍN PÉREZ, J.A., *La rescisión del contrato. (En torno a la lesión contractual y al fraude de acreedores)*, Barcelona, Ed. Bosch, 1994.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L., "La buena fe y el abuso del derecho", en *Estudios de Derecho patrimonial*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1984.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "La responsabilidad decenal del artículo 1591: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa", *Ar.Civ.*, 1993-I.

- "La trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones", *A.D.C.*, 1994.

- "La rescisión por lesión en Derecho navarro", *R.D.P.*, junio, 1994.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., "La dimisión del trabajador", *Actualidad Laboral*, nº20, 1990.

- "El precontrato de trabajo: tratamiento legal y jurisprudencial de las promesas de dar trabajo", en AA.VV., *Gestión estratégica de los recursos humanos en la empresa*, Ferrol, Ed. Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación, 1994.

MARTÍNEZ LAGE, S., "Las fuentes del Derecho comunitario", en AA.VV., *Estudios de Derecho comunitario*, Madrid, Ed. C.C.P.J., 1989.

MARTY, G. y RAYNAUD, P., *Droit civil. Les obligations*, 2ªed., Paris, Ed. Sirey, 1988, T.I.

MAS BADÍA, M.D., *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1995.

MASTRORILLI, A., "Clausula di esonerazione da responsabilità per vizi del bene, contratto atipico, condizioni generali di contratto", *Il Quadrimestre*, 1993-3.

MATA SIERRA, "Restricciones jurisprudenciales a la atribución del efecto directo a las directivas", *Jurisprudencia Tributaria*, nº37, 1994.

MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6ªed., Paris, Ed. Montchrestien, 1983, T.III, vol.2º.

MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho civil*, trad. esp., Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1960, vol.2º, parte 2º.

MAZEAUD, D., *La notion de clause pénale*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1992.

MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ, A., "Preliminar. Artículos 1 a 4", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro*, Madrid, Ed. C.U.N.E.F., 1982, T.I.

MENÉNDEZ PIDAL Y MONTÉS, J., "La renuncia y el desistimiento en lo social", *R.D.P.*, 1961.

MENEZES CORDEIRO, A.M.R., *Da boa fé no Direito civil*, Coimbra, Ed. Almedina, 1984, vol.1º.

MESSINEO, F., *Derecho Civil y comercial*, trad.por S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa- América, 1979, T. II y IV.

MILLÁN MORO, L., "Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", *Revista de Instituciones Europeas*, vol.11, nº1, 1984.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Observaciones en torno a la buena fe", en AA.VV., *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989.

- "Comentario al art.7.1", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid., Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1992, T.I.

- "Reflexiones sobre las condiciones generales", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, T.IV.

MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 4ªed., Barcelona, Ed. PPU, 1996.

MIRAGLIA, C., "Responsabilità patrimoniale", *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol.XXVII, 1991.

MONTERO AROCA; ORTELL RAMOS; GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, 3ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1993, T.I.

MONTÉS, V.L., "Comentario al art.7", en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1977, vol.1º.

MORALES MORENO, A.M., "El alcance protector de las acciones edilicias", *A.D.C.*, 1980-II.

MORELLI, R.M., "La buona fede como limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazioni delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti", *Giust. Civ.*, 1994-I.

MORENO MOCHOLÍ, M., "Las irregularidades en el negocio jurídico", *R.D.P.*, 1946.

MORENO QUESADA, M., "Comentario al art.1290", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1992, T.II.

MORTATI, C., *Istituzioni di Diritto pubblico*, 9ªed., Padova, Ed. Cedam, 1976, vol.II.

MUNARI, A., "Orientamenti sulle clausole di esonero da responsabilità nel leasing finanziario", *Rivista italiana leasing*, 1988-II.

MUZUAGHI, A.S., *Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1981.

NERY, N., "Comentario ao Capítulo VI" en AA.VV., *Código brasileiro da defesa do consumidor*, 3ªed., Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitaria, 1993.

NICOLÓ, R., "Commentario all'art.2740", en *Commentario del Codice civile (Libro IV. Tutela dei diritti)*, a cura di Scialoja e Branca, 2ªed., Bologna-Roma, Nicola Zarichelli Ed.-Soc. Ed. del Foro Italiano, 1955.

NIETO CAROL, U., "Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios", *A.C.*, nº2, 1993.

NIN ABARCA, M., "La hipoteca de responsabilidad limitada", *R.C.D.I.*, 1947.

NOVA, G., "Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive", *Riv. Trim. Dir. Civ.*, 1994.

O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1991, T.II-1º.

- "Conceptos básicos y requisitos de las condiciones generales de los contratos", *A.C.*, nº1, 1992.

O'CALLAGHAN, X. y PÉREZ ANDRADE, A., *Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial*, 2ªed., Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

OJEDA AVILÉS, A., *La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1971.

- "Autonomía colectiva y autonomía individual", *Relaciones laborales*, 1991-II.

OLIVA, A. de la y FERNÁNDEZ, M.A., *Derecho procesal civil*, 3ª ed., Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, T.I.

OROZCO PARDO, G., "La aplicación del concepto "lex artis" al campo de la actividad profesional. El caso de la profesión médica", en AA.VV., *El ejercicio en grupo de los profesionales liberales*, ed. por Moreno Quesada, Albiez Dohrman y Pérez Serrabona, Universidad de Granada, 1993.

ORTÍ VALLEJO, A., "Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal", *R.G.L.J.*, 1982.

- "La compraventa de vehículos usados: caracteres y efectos", *R.D.P.*, 1987-I.

OSSORIO MORALES, J., "Crisis en la dogmática del contrato", *A.D.C.*, 1952-II.

OTERO LASTRES, J.M., "La publicidad comparativa, ¿licitud o ilicitud?", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, T.I.

PACCHIONI, G., *Diritto civile italiano*, Padova, Ed. Cedam, 1932, parte 2ª, vol. 2º.

PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Verlag C.H. Beck, 1995.

PALMA, M., "Le clausole di esonero da responsabilità per vizi del bene nella locazione finanziaria", *Riv.it. leas.*, 1989-II.

PALOMEQUE GÓMEZ, M.C., *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1975.

PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario a la STS 26 de enero de 1984", *C.C.J.C.*, nº4, 1984.

- "Comentario a la STS 10 de mayo de 1984", *C.C.J.C.*, nº5, 1984.

- "Comentario a la STS 19 de junio de 1984", *C.C.J.C.*, nº6, 1984.

- "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en AA.VV., *Centenario del Código civil*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1989, T.II.

- "El sistema de responsabilidad contractual", *A.D.C.*, 1991.

- "Comentario al artículo 1902", en AA.VV. *Comentario del Código civil*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1992, T.II.

- "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *A.D.C.*, 1993.

- *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid, Ed. Civitas, 1996.

LORCA NAVARRETE, A., "Cuestiones procesales relativas a la publicidad ilícita", *La Ley*, nº2190, 1989.

LUCAS FERNÁNDEZ, "Comentario al artículo 1591", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, T.XX, vol.2º.

LUNA SERRANO, A., "El consentimiento contractual y su declaración", en LACRUZ, J.L. y otros, *Elementos de Derecho civil*, Barcelona, Ed. Bosch, 1987, T.II, vol.2º

LUPOI, M., *Il dolo del debitore nel Diritto italiano e francese*, Milano, Guiffré Ed., 1969.

LLÁCER MATA CÁS, *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, Ed. Bosch, 1992.

- "El dolo en el saneamiento por vicios ocultos", *A.D.C.*, 1992.

MALAURIE, P., *L'ordre public et le contrat (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Reims, Ed. Matot-Braine, 1953.

MALAURIE, P. y AYNES, L., *Droit Civil. Les obligations*, Paris, Ed. Cujas, 1992.

MALINVAUD, P., *Droit des obligation*, Paris, Ed. Litec, 1990.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código civil español*, 5ªed., Madrid, Ed. Reus, 1950, T.VIII y X.

MANZANARES, A., "La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo", *A.D.C.*, 1985-II.

MARÍN PADILLA, M.L., *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos "utile per inutile non vitiatur"*, Barcelona, Ed. Bosch, 1990.

MARÍN PÉREZ, P., "La hipoteca de responsabilidad limitada", *R.G.L.J.*, 1945-II.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *El control de las cláusulas de exclusión de la responsabilidad en las condiciones generales de contratación*, tesis, extracto, Universidad Autónoma de Madrid.

- "El modelo de control sobre condiciones generales de la contratación en el Derecho contractual del seguro", *Cuadernos de Derecho de Comercio*, nº10, 1991.

- *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 1992.

PARRA LUCÁN, M.A., "La LCU bajo la óptica de los derechos de la personalidad", *A.C.*, nº7, 1988.

- "Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 L.G.D.C.U.", *A.D.C.*, T.41, 1988.

- *Daños por productos y protección al consumidor*, Barcelona, Ed. Bosch, 1990. - "La responsabilidad por los servicios defectuosos: hacia una armonización de las legislaciones de los países miembros de la CEE", *Estudios sobre Consumo*, nº17, 1990.

- "La propuesta de Directiva 9 de noviembre de 1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios", *Estudios sobre Consumo*, nº21, 1991.

- "El leasing en la jurisprudencia", *Ar. civ.*, nº10, 1994.

- "La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de responsabilidad. Estudio jurisprudencial", *Ar.Civ.*, nº2, 1995.

- "Ámbito de protección de los daños por productos (Sistema y naturaleza de la responsabilidad civil prevista en la Ley 22/1994)", *Iniuria. R.R.C.S.*, nº5, 1995.

PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad contractual*, Barcelona, Ed. Bosch, 1989-1992, T.II, vol. 1º.

PASQUAU LIAÑO, M., *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, Ed. General del Derecho, 1989.

- "Comentario al art.8 LCU", en AA.VV., *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. SALAS, Madrid, Ed. Civitas, 1992.

- "La noción de defecto a efectos de la responsabilidad civil del fabricante", en *Iniuria. R.R.C.S.*, nº5, 1995.

- *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, Ed. Civitas, 1997.

PEDAMON, M., *Le contrat en droit allemand*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1993.

PELÁEZ DEL ROSAL, M., *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa*, Barcelona, 1974.

PENA LÓPEZ, J.M., "Sobre el fundamento legal del cogente de la norma contravenida en la nulidad de pleno derecho", *A.C.*, 1991, nº2.

- "La historicidad del Derecho civil", *Actualidad y Derecho*, nº48, 1995.

- "Alcance del error de Derecho en el artículo 6.1. del Código civil", *R.D.P.*, 1995.

- *Lecciones de Derecho civil. Apuntes de las lecciones*, A Coruña, 1996-1997.

- "Prólogo" a BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible*, Madrid, Ed. Tecnos, 1997 (en prensa).

- *El significado de las normas imperativas en el art.6.3 del Código civil*, libro inédito.

- *Precisiones sobre la configuración del derecho real en la doctrina moderna*, trabajo inédito.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1985.
- *Interpretación y jurisprudencia, Análisis del artículo 3.1 del Código civil*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1994.

PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, 2ªed., Madrid, Ed. Tecnos, 1986.

PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*", Madrid, Ed. Tecnos, 1984.

PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ, "Legislación protectora de consumidores y usuarios y Derecho de seguros. La aplicación de la Ley general del 84 al contrato de seguro", *Directiva. Revista Jurídica de Estudios Monográficos*, 4ºtrim., 1990.

PETIT LAVALL, ., *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, Madrid, Ed. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1994.

PETIT SEGURA, M.A.: "Las condiciones generales de los contratos", *Directiva. Revista Jurídica de Estudios Monográficos*, 4ºtrim., 1990.

PINTO MONTEIRO, A., "Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol.XXVIII (suplemento), 1985.

- *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Ed. Almedina, 1990.

- "Las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº83, 1995.

PIOTET, P., *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuale en droit suisse*, Berna, 1963.

PLANIOL, M., *Traité élémentaire de Droit civil*, 11ªed., Paris, Ed. L.G.D.J., 1970, T.II.

PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité élémentaire de Droit civil*, 2ªed., Paris, Ed. L.G.D.J., 1952.

POLINSKY, A.M., *Introducción al análisis económico del Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1985.

POLO, E., "Responsabilidad por falta de navegabilidad", *R.J.C.*, 1969.

- "La protección del consumidor en el Derecho privado", en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1981.

- *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, Ed. Civitas, 1990.

PONZANELLI, G., *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile. Studio di Diritto comparato*, Milano, Giuffré Ed., 1984.

- "Osservazioni comparatistiche sulle clausole di esonero dalla responsabilità civile", en AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Palazzolo*, Milano, Giuffré Ed., 1986.

- "Commento all'art. 12", en AA.VV., *Commentario al D.P.R. n.224/1988*, a cura di R. Pardolesi, 1989.

POSNER, R., *Economic analysis of Law*, 3ªed., Boston-Toronto, Ed. Little Brown and Company, 1986.

PRATA, A., *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982.

PRIETO CASTRO, L., "Pactos sobre prueba", en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964.

PRIETO SANCHÍS, L., "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", *A.D.H.*, 1983-II.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, 2ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1989.

PUIG FERRIOL, "Régimen jurídico de la solidaridad de deudores", en AA.VV., *Libro Homenaje a Ramón Mª Roca Sastre*, Madrid, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1976, vol.2º.

PUGLIATTI, S., *Responsabilità civile*, Milano, Ed. Giuffré, 1968, T.II.

QUIÑONERO CERVANTES, E., "El dolo omisivo", *R.D.P.*, 1979-I.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., "Crisis positiva y apoteosis filosófica del contrato", *R.D.P.*, 1950.

RAISER, L., *Il compito del diritto privato*, trad.italiana, Milano, Ed. Giuffré, 1990.

RAMOS MÉNDEZ, "Competencia territorial y cuestiones de competencia", en AA.VV., *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/92 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*, coord. por J. Montero Aroca, Madrid, Ed. Civitas, 1993.

RAMS ALBESA, J., "Comentario a la STS 20 de mayo de 1985", *C.C.J.C.*, 1985.

- "La interpretación del contrato", en LACRUZ, J.L., y otros, *Elementos de Derecho civil*, 3ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1994, T.II, vol.1º.

REGIS, A., "Il diritto di rivalsa: responsabilità del produttore e rapporti tra coobbligati", en AA.VV., *Responsabilità del produttore e nuove forme di tutela del consumatore*, Milano, EGEA, 1993.

REGLERO CAMPOS, F., "Una aproximación a la Ley 22/94 de 6 de julio, de responsabilidad civil por productos defectuosos", *Iniuria. R.R.C.S.*, nº3, 1994.

- "Comentario al art.6", en AA.VV., *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. por R. Bercovitz, Pamplona, Ed. Civitas, 1995.

REICH, N., *Mercado y derecho*, trad. española, Barcelona, Ed. Ariel, 1985.

- "La protección de los consumidores en los contratos de servicios según el Derecho comunitario", *Estudios sobre Consumo*, nº16, 1989.

- "Le principe de la transparence des clauses limitatives relatives au contenu des prestations dans le droit allemand des conditions générales des contrats", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, dir. par J.GHESTIN, Paris, Ed. L.G.D.J., 1990.

- "La réforme du Droit des contrats de consommation", ponencia presentada en el *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores*, Zaragoza, 15-18 de noviembre, 1993.

RESCIGNO, P., "L'abuso del diritto", *Riv.Dir.Civ.*, 1965-I.

- *Manuale di Diritto privato italiano*, Napoli, Ed. Dott. Eugenio Jovene, 1977.

REVERTE NAVARRO, "Comentario al art.1255 C.c.", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1993, T.XVII, vol.1º-A.

REYES LÓPEZ, M.J., "Algunas reflexiones sobre el Derecho de consumo y la Directiva del 85", *R.G.D.*, 556/557, 1991.

- *Derecho de Consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, arrendamiento de obra y financiación*, Valencia, Ed. General de Derecho, 1993.

RICO PÉREZ, F., "La responsabilidad del productor en Derecho español", *R.D.P.*, 1978-II.

RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ªed., Paris, Ed. L.G.D.J., 1949.

RIVA-SANSEVERINO, L., "Commentario all'art.2236", in *Commentario del Codice civile. Libro V*, a cura di Scialoja e Branca, 2ªed., Bologna-Roma, Nicola Zarichelli Ed.-Soc. Ed. del Foro Italiano, 1955.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., "El ejercicio de los derechos", en LACRUZ, J.L. y otros, *Elementos de Derecho civil*, Barcelona, Ed. Bosch, 1990, T.I, vol.3º.

- "Régimen de la responsabilidad por el hecho propio", en LACRUZ, J.L., y otros, *Elementos de Derecho civil*, 3ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1996.

RIZZO, V., "Condizioni generali di contratto e vessatorietà", en AA.VV., *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di E.Cesaro, Padova, Ed. Cedam, 1994.

ROBINO, P., "Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine", *Rev.Trim. Dr.Civ.*, 1951.

ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho privado*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1948, T.I.

ROCA SASTRE, R.M. Y PUIG BRUTAU, J., "El principio de responsabilidad patrimonial universal", en ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho privado*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1948, T.I.

ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, 7ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1979, T.IV-2º.

RODIÉRE, R. et MERCADAL, B., *Droit des transports terrestres et aériens*, 5ªed., Paris, Ed. Dalloz, 1990.

RODOTÀ, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffré Ed., 1969.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el servicio de reclamaciones del Banco de España", en AA.VV., *Contratos bancarios*, dir. por García Villaverde y Bonandell Lenzano, Madrid, Ed. Civitas, 1992.

RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Salamanca, Librería Cervantes, 1991.

RODRÍGUEZ MORATA, F.A., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1990", *C.C.J.C.*, nº26, 1991.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales", *Relaciones Laborales*, nº17, 1991.

RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., "Sobre la cláusula penal en el Código civil", *A.D.C.*, 1993.

ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual. Una aproximación al*

análisis jurisprudencial, Madrid, Ed. Civitas, 1976.

ROJO AJURIA, L., "Comentario al art.6", en AA.VV., *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. por F. Pantaleón, Madrid, Ed. Civitas, 1995.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1974.

ROMANO, S., voz "Buona fede (Dir.priv.)", en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè Ed., 1952.

- voz "Abuso del diritto (Dir.attuale)", en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè Ed., 1958, T.I.

ROPPO, E., "Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede", *Riv.Dir.Civ.*, 1971-I.

- "Commentario all'art.2740", en *Commentario al Codice civile*, dir. da P. Cendon, Torino, Ed. UTET, 1991, T.VI.

ROSADO DE AGUIAR, R., "Clausulas abusivas no Código do consumidor", en AA.VV., *A proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*, coord. por C. Lima, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 1994.

RUBIO SAN ROMÁN, ., *La responsabilidad civil en la construcción*, Madrid, Ed. Colex, 1987.

RUBIO GARRIDO, T., "La garantía del artículo 11 LCU", *A.D.C.*, T.43, 1990.

RUBIO TORRANO, E., "El sobreprecio en la compraventa de viviendas de protección oficial", *Ar.Civ.*, 1993-I.

RUIZ MUÑOZ, M., *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 1993.

- "Guía explicativa de la Ley de viajes combinados", *Estudios sobre consumo*,

RUIZ VADILLO, E., "El problema de la indemnización por daños y perjuicios en el transporte gratuito", *Documentación Jurídica*, 1967.

- "Comentarios a la Ley de Bases para la modificación del Título preliminar del Código civil", *R.G.D.*, nº345, 1973.

- "Algunas consideraciones sobre la cláusula penal", *R.D.P.*, 1975.

SACCO, R., *Il contratto*, Torino, Ed. Torinese, 1975.

SALEILLES, R., *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3ªed., Paris, Ed.

L.G.D.J., 1925.

SALOM ANTEQUERA, "La responsabilidad aquiliana de los propietarios de edificios y de los arquitectos y contratistas según el Código civil español", *Anales de la Universidad de Valencia*, 1940.

SALVADOR CODERCH, P., "Comentario al artículo 1591", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1992, T.II.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "El control de las condiciones generales en derecho comparado: panorama legislativo", *R.D.M.*, nº157-158, 1980.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, 16ª ed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1993.

- "Sobre la imperatividad de la Ley del contrato de seguro", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, T.III.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Los principios clásicos del Derecho*, Madrid, Unión Ed., 1975.

SÁNCHEZ GAMBORINO, F.M., "Modificación convencional de la responsabilidad del porteador en el contrato de transporte terrestre", *R.G.L.J.*, 1951.

- "La llamada culpa equiparable al dolo y sus consecuencias en el contrato de transporte", *R.D.M.*, 1995.

- *El contrato de transporte internacional. CMR*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., "El depósito derivado del hospedaje y la responsabilidad del hospedero", ponencia presentada en las *I Jornadas de Derecho y Turismo*, Ávila, 11-13 de noviembre de 1994.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, J., "La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana", *R.D.P.*, 1972.

SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, T.I.

SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas generales del Derecho civil*, trad. esp., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964.

SANTOS BRIZ, J., "La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español", *R.D.P.*, 1984, II.

- *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Granada, Ed. Comares, 1992.

- *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7ªed., Madrid, Ed. Montecorvo, T.I y II, 1993.

SARACINI, E., *Nullità e sostituzione di clausoli contrattuali*, Milano, Giuffré Ed., 1971.

SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1951, T.II.

SAVIGNY, *Metodología jurídica*, trad. Esp., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1979.

SCAEVOLA, Q.M., *Código civil*, 2ªed., Madrid, Ed. Reus, 1957, T.XIX y XXIV.

SCHÄFER, H.B. y OTT, C., *Manual del análisis económico del Derecho civil*, trad. esp., Madrid, Ed. Tecnos, 1986.

SCHMIDT-SALZER, J., "Droit allemand", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, dir. par J.GHESTIN, Paris, Ed. L.G.D.J., 1990.

SCHNEIDER, H.P., *Democracia y Constitución*, trad. esp, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SERRA, V., "Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros", *B.M.J.*, nº79.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Comentario al art.1214", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1993, T.XVI-2º.

SERRANO ALONSO, E., "Comentario al art.9", en AA.V., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. por X. O'Callaghan, Madrid, EDESA, 1995.

SIMLER, P., *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1969.

SOLÉ i FELIÚ, J., "El concepte de defecte en la Llei de responsabilitat per productes defectuosos", *R.J.C.*, 1995/4.

SOTO NIETO, F., *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Barcelona, Ed. Nauta, 1965.

- *La responsabilidad civil en el accidente automovilístico. Responsabilidad objetiva*, 2ªed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Judicial, 1972.

- *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1982.

- "Delimitación temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil y la

validez de las cláusulas limitativas", *Iniuria. Revista de Responsabilidad civil y seguro*, nº1, 1994.

SOTOMAYOR GIPPINI, J.M., "La nueva Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", *R.E.S.*, 1994.

SOUSA RIBEIRO, J., "Responsabilidade e garantia em clausulas contratuais gerais", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, nº especial, 1992.

STARCK, B., ROLAND, H. et BOYER, L., *Droit civile. Obligations. Regime général*, 3ªed., Paris, Ed. Litec, 1989.

- *Obligations. Responsabilité delictuelle*, 4ª ed., Paris, Ed. Litec, 1991.

- *Obligations. Contrat*, 4ªed., Paris, Ed. Litec, 1993.

STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985.

STOLFI, N., *Teoría del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, Ed. Revista de Derecho privado, 1959.

STRANIERI, C., "Osservazioni sulla configurabilità delle clausole limitative della garanzia per vizi come clausole onerose", *Giustizia Civile*, 1994-I.

TALLADA, M., "Cláusulas de exoneración de responsabilidad", *Información jurídica*, 1949.

TORRALBA SORIANO, E., "La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones", *A.D.C.*, 1972-II.

- "Los vicios del suelo: reflexiones sobre el artículo 1591 C.c.", en AA.AA.v, *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1969, T.II.

TORRES LANA, J.A., "Derecho Civil y protección de los consumidores", *Cuadernos Jurídicos*, enero 1993.

- "Prórroga de fuero y protección de los consumidores en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Aranzadi Civil*, nº10, 1995.

- "La integración de la publicidad en la oferta contractual turística", en AA.VV., *Turismo y defensa del consumidor*, Palma de Mallorca

TORRES LÓPEZ, J., *Análisis económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987.

TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, 2ªed., Paris, Ed. Dalloz, 1992.

TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto civile*, 34ªed., Padova, Ed. Cedam, 1993.

TRAVIESAS, M.M., "Los negocios jurídicos y su interpretación", *R.D.P.*, 1925.
- "La culpa", *R.D.P.*, 1926.

TREITEL, G.H., *The Law of contract*, 9ªed., London, Sweet & Maxwell, 1995.

TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto privato*, 9ªed. Milano, Ed. Giuffré, 1991.

TROLANO, P., "La nuova legge tedesca sulla responsabilità per prodotti difettosi", *Riv.Dir.Civ.*, 1991.

TUR FAÚNDEZ, M.N., "El contrato de viaje combinado: notas sobre la Ley 21/95 de 6 de julio, de regulación de los viajes combinados", *Aranzadi Civil*, julio, 1996.

URÍA, R., "Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie", *R.D.M.*, nº62, 1956.
- *Derecho Mercantil*, 18ª ed., Madrid, Ed. Marcial Pons, 1990.

VALSECCHI, A., "Comentario d.P.R. de 24 de maggio 1988, n.224 sulla disciplina del danno causato da prodotti difettosi", en AA.VV., *Responsabilità del produttore e nuove forme di tutela del consumatore*, Milano, EGEA, 1993.

VATTIER FUENZALIDA, C., "Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico", *A.D.C.*, 1984.
- "Comentario a la STS 12 de noviembre de 1984", *C.C.J.C.*, nº7, 1985.
- "La interpretación integradora del contrato en el C.C.", *A.D.C.*, 1987.
- "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión",
- "El turismo y los contratos de adhesión", ponencia presentada en las *I Jornadas de Derecho y Turismo*, Ávila, 11-13 de noviembre de 1994.

VALLADARES RASCÓN, E., "Comentario al art.2.1", en AA.VV., *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. por R. Bercovitz, Pamplona, Ed.Aranzadi, 1995.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 3ªed., Barcelona, Ed. Bosch, 1990.

VICENTE Y GELLA, F., "Condiciones de no-responsabilidad", *R.C.D.I.*, 1928.

VINEY, G., "La sanction et la reparation des atteintes au corps humain en Droit française", en AA.VV., *Le corps humain et le Droit (Journées belges). Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, Ed. Dalloz, 1975.
- *Traité de Droit civil. Les obligations. La responsabilité: conditions*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1982.

- *Traité de Droit Civil. Les obligations. La responsabilité: effets*, Paris, Ed. L.G.D.J., 1988.

- "Raport de synthèse", en AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, dir. par J.GHESTIN, Paris, Ed. L.G.D.J., 1990.

VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale per fatte degli ausiliari*, Padova, Ed. Cedam, 1965.

VON TUHR, A., "La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual", *R.D.P.*, 1925.

- *Tratado de las obligaciones*, trad. esp., Madrid, Ed. Reus, 1934, T.I y II.

WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. esp., Madrid, Ed. Civitas, 1985.

YÁÑEZ DE ANDRÉS, A., *Responsabilidad civil y seguros. Ámbito y limitaciones*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1992.

YATES, *Exclusion clauses in contracts*, London, Sweet & Maxwell, 1978.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, Ed. Reus, 1989.

- "La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Razones para una moderada unificación", *R.C.D.I.*, 1991.

- "Comentario al artículo 1107 del Código civil", en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor D. José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, Ed. Bosch, 1992, T.II.

- *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Ed. Reus, 1993, vol.1º.

- "Responsabilidad civil: pasado, presente y futuro", *Actualidad Informática Aranzadi*, junio, 1994.

- *Aspectos civiles del nuevo Código penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos)*, Madrid, Ed. Dykinson, 1997.

ZAPATER DUQUE, E., "Armonización de legislaciones en la política de protección al consumidor: fundamento jurídico e instrumentos jurídicos empleados", *Directiva. Revista Jurídica de Estudios Monográficos*, 4ºtrim., 1990.

ZICCARDI, Voce "Interpretazione del negozio giuridico", *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol.XVII, 1989.

ZOPPINI, A., *La pena contrattuale*, Milano, Giuffré Ed., 1991.

ZUBIRI DE SALINAS, M., "La exoneración de responsabilidad en los supuestos de retraso en el contrato de pasaje marítimo ante la LGDCU", *Estudios sobre Consumo*, nº19, 1990.

UNIVERSIDADE DA CORUÑA
Servicio de Bibliotecas



1700744153